

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDO VARGAS DE CASTRO

EXERCÍCIO INDIVIDUAL DA EMPRESA: LIMITAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE NA DISCIPLINA DA LEI Nº 12.441/2011

FLORIANÓPOLIS
JULHO DE 2013

FERNANDO VARGAS DE CASTRO

EXERCÍCIO INDIVIDUAL DA EMPRESA: LIMITAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE NA DISCIPLINA DA LEI Nº 12.441/2011

Monografia submetida ao Curso de
Graduação em Direito, da Universidade
Federal de Santa Catarina, como pré-
requisito para obtenção do grau de
bacharel.

Orientador: Professor Dr. Humberto Pereira Vecchio

FLORIANÓPOLIS

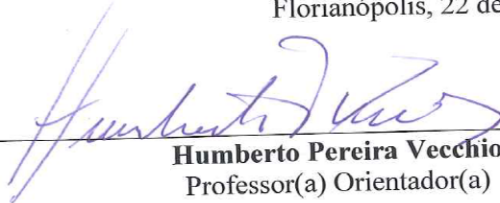
JULHO DE 2013

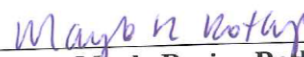
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

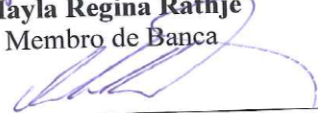
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Exercício individual da empresa: limitação da responsabilidade na disciplina da Lei nº 12.441/2011**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Fernando Vargas de Castro**, defendida em **22/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (um e meio), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 22 de Julho de 2013.


Humberto Pereira Vecchio
Professor(a) Orientador(a)


Mayla Regina Rathje
Membro de Banca


Orlando Celso da Silva Neto
Membro de Banca

Agradecimentos:

Aos meus pais, Zigomar e Maria Salete.

À minha namorada, Cláudia. À minha irmã e ao meu cunhado, Sandra e André.

Ao meu orientador, Professor Humberto Pereira Vecchio.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo o estudo crítico da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, nova modalidade de sujeito da atividade empresarial introduzida pela Lei nº 12.441/2011, que possibilita o exercício individual de empresa sob a égide da limitação da responsabilidade.

A EIRELI foi instituída com o fito de contornar o problema da responsabilidade ilimitada do empresário individual. Isso porque essa arcaica forma de exercício de empresa implica um risco muito elevado ao empreendedor que a adota, dando causa à criação das chamadas sociedades fictícias, isto é, aquelas em que um dos sócios participa com percentual mínimo, apenas para propiciar a constituição de pessoa jurídica e realizar a separação patrimonial. Assim, pretende-se examinar essa nova figura jurídica, dando especial atenção à análise de sua caracterização: se como apenas mais um tipo de sociedade (unipessoal) ou se como novo gênero de pessoa jurídica, com o escopo de saber se a estruturação concebida soluciona a questão da melhor forma.

Para tanto, inicialmente, faz-se sucinta explanação a fim de acentuar as diferenças entre as três figuras que fundamentam a Teoria da Empresa: empresário, empresa e estabelecimento. Feita essa diferenciação, resume-se a trajetória doutrinária e legislativa da limitação dos riscos do empresário individual no exercício de sua atividade, desde o surgimento dessa doutrina no direito europeu e, especialmente, as suas repercussões no Brasil.

Abordam-se as possíveis estruturas para a limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade fictícia, sociedade unipessoal, patrimônio de afetação, estabelecimento individual de responsabilidade limitada e empresa individual de responsabilidade limitada.

Finalmente, discorre-se sobre a EIRELI, analisando sua natureza jurídica, a nomenclatura do instituto, sua forma de constituição e requisitos, as limitações ao seu uso, o regramento do nome empresarial, a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sua extinção.

SUMÁRIO

RESUMO	5
SUMÁRIO	6
1. INTRODUÇÃO	8
2. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL	11
2.1. Direito comercial e Teoria da Empresa.....	11
2.1.1. Empresário	12
2.1.2. Empresa.....	16
2.1.3. Estabelecimento Empresarial	20
2.2. Histórico doutrinário da limitação da responsabilidade do empresário individual	23
2.3. Proposições de limitação da responsabilidade do empresário individual na história do Legislativo brasileiro	30
3. MECANISMOS POSSÍVEIS PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NO EXERCÍCIO INDIVIDUAL DE ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	35
3.1. Sociedade fictícia	35
3.2. Sociedade unipessoal	41
3.3. Patrimônio de afetação.....	46
3.4. Estabelecimento individual de responsabilidade limitada	50
3.5. Empresa individual de responsabilidade limitada.....	52
4. EXERCÍCIO INDIVIDUAL DA EMPRESA: LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NA DISCIPLINA DA LEI 12.441/11.....	54
4.1. Natureza jurídica da EIRELI.....	55
4.2. Nomenclatura do instituto.....	58
4.3. Forma de constituição e requisitos.....	59
4.3.1. Constituição por transformação do registro	63
4.3.1. Estrangeiro	64
4.4. Nome empresarial	64
4.5. Limitações ao uso da EIRELI	65
4.5.1. Capital mínimo e patrimônio	66
4.5.2. Possibilidade de titularização de EIRELI por pessoa jurídica	71
4.5.3. Atividades civis.....	74
4.6. Administração	75
4.7. Desconsideração da personalidade jurídica e veto presidencial.....	76

4.8. Extinção da EIRELI.....	78
5. CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

1. INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como mote o exercício individual da atividade empresarial, dedicando-se, de modo específico, ao estudo da recente disciplina da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, a qual inseriu, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da criação da EIRELI, a possibilidade de limitação da responsabilidade patrimonial daquele que explora, individualmente, atividade empresarial. Ressalta-se que não se trata, neste trabalho, portanto, da figura jurídica do empresário individual, pessoa natural, caso em que não há separação patrimonial.

Nesse diapasão, questiona-se se a EIRELI, nos moldes em que restou positivada, corresponde à melhor disciplina jurídico-legislativa para o caso.

Assim, nada obstante se tenha alcançado o desígnio da separação patrimonial para o exercente individual de empresa, com a pretensão de analisar esse problema sob a óptica mais abrangente, parte-se da hipótese de que a normatização da Lei nº 12.411/2011 é falha, na medida em que contém obscuridades, não observa a melhor técnica legislativa, bem como possui omissões em pontos-chave do texto, tais como a possibilidade de constituição por pessoas jurídicas, a nomenclatura do instituto, a questão do capital inicial e sua integralização, a natureza jurídica adotada, a disciplina da forma de constituição e dissolução.

Intenta-se, com o presente trabalho, de um modo geral, realizar uma análise dos principais aspectos da EIRELI, assim como, particularmente, conceituar e analisar as figuras do empresário, da empresa e do estabelecimento, o histórico doutrinário e as proposições legislativas que tratam do tema. Busca-se, ainda, definir e analisar a sociedade fictícia, a sociedade unipessoal, o patrimônio de afetação, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada e a empresa individual de responsabilidade limitada, bem como se intenta, em relação à EIRELI, examinar a disciplina de sua natureza jurídica, nomenclatura, nome empresarial, forma de constituição, o capital mínimo e sua integralização, a desconsideração da personalidade jurídica, dissolução, possibilidade de constituição por pessoas jurídicas, administração.

O objeto de análise é de vultosa importância para o país, tanto no campo econômico quanto social. Os empresários individuais respondem, segundo dados do

DNRC¹, por mais da metade do número de empresas constituídas no Brasil entre os anos de 1985 e 2005.

Percebe-se, dessa forma, que, a limitação da responsabilidade do empresário individual, ao restringir as perdas que podem advir da atividade econômica, deverá promover a expansão das atividades produtoras, a criação de empregos e renda, bem como proporcionará segurança para o patrimônio pessoal do empresário. Há, além disso, outro objetivo que se busca através da EIRELI: o fim das sociedades fictícias.

Cria-se, com a normatização objeto do presente estudo, alternativa para que o empresário individual se coloque no mercado sem arriscar todo o seu patrimônio, o que antes era alcançado apenas de forma indireta.

Tem-se, assim, como ponto de partida teórico para a presente monografia, o reconhecimento de que o empresariado está exposto ao risco. Nesse sentido, mesmo que sejam observadas todas as medidas de proteção possíveis, é notório que aqueles que se colocam no mercado estão também se colocando à mercê de inúmeras circunstâncias muito além do seu controle, as quais podem prejudicar o bom andamento de sua atividade².

De mais a mais, diretamente relacionado a tais situações de insucesso de atividades econômicas, importa ressaltar o princípio da responsabilidade patrimonial, correspondente à sujeição da totalidade dos bens pessoais do empresário à satisfação de suas obrigações, conforme escreve Sylvio Marcondes Machado³:

O princípio da responsabilidade patrimonial vincula os bens da pessoa ao cumprimento de suas obrigações e atua, de regra, sem quaisquer restrições ou limites. Daí decorre que o sujeito que exerce atividades econômicas - cujo patrimônio responde pelas obrigações delas emergentes - suporta, ele só, a totalidade dos riscos próprios do empreendimento.

Por um longo período, a regra acima foi absoluta. No entanto, sua aplicação irrestrita de há muito não se conformava com as necessidades da atividade produtiva. Destarte, a fim de se favorecer o crescimento econômico, foi-se relativizando a aplicação desse postulado⁴:

A aplicação do princípio e do corolário nem sempre se concilia com os interesses gerais da produção, sendo certo que, em muitos setores da

¹ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm>> Acesso em: 26 dez. 2012.

² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

³ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 11.

⁴ Ibid, p. 11.

economia, a responsabilidade e o risco ilimitados afastam ou arrefecem as iniciativas individuais.

Contudo, o benefício da limitação da responsabilidade ficava restrito aos empreendedores, ou seja, só era alcançado através do exercício coletivo da empresa⁵, de modo que o exercente individual se encontrava em condição deveras precária. Tal conjuntura já havia chamado a atenção da doutrina pátria⁶, mas só foi superada com a chegada da Lei nº 12.441/2011.

Assim, estrutura-se, o presente trabalho, em três capítulos principais. Primeiramente, com o intuito de posicionar a matéria no âmbito do direito empresarial, estudam-se os institutos basilares da Teoria da Empresa. Aborda-se, ainda, na mesma toada, o histórico doutrinário e legislativo do tema.

O segundo capítulo, por seu turno, discorre sobre os possíveis mecanismos para a limitação da responsabilidade do empresário individual, ocasião em que serão conceituadas e analisadas as principais características de cada uma dessas estruturas: sociedade fictícia, sociedade unipessoal, patrimônio de afetação, estabelecimento individual de responsabilidade limitada e empresa individual de responsabilidade limitada.

O último capítulo, por sua vez, é dedicado ao estudo do regramento da EIRELI, especificamente no que tange à sua natureza jurídica, nomenclatura do instituto, sua forma de constituição e requisitos, as limitações ao seu uso, as determinações do nome empresarial, a possibilidade de aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, extinção. Nessa oportunidade, são contrastados os posicionamentos doutrinários existentes, analisando-se seus fundamentos e implicações. Por derradeiro, apresentam-se as conclusões do estudo realizado.

Adota-se o método dedutivo para a realização da presente monografia, utilizando-se o procedimento de pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos e legislação.

⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 11.

⁶ Ibid, p. 89.

2. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

Neste capítulo, propõe-se a conceituar e analisar os institutos que fundamentam a Teoria da Empresa, bem como, a estudar o desenvolvimento histórico da limitação dos riscos do empresário individual, tendo em vista a correta compreensão do instituído pela Lei nº 12.441/2011.

2.1. Direito comercial e Teoria da Empresa

O direito comercial nasceu na Idade Média, a partir da ascensão da burguesia e da formação das corporações de ofício, desenvolvendo-se através da atuação dessas poderosas associações na regulamentação da atividade mercantil⁷.

Essa fase inicial de evolução da matéria é chamada de subjetiva-corporativista⁸, uma vez que a aplicação das normas comerciais era limitada aos indivíduos matriculados nas guildas⁹. Percebe-se, assim, que o direito comercial surgiu como um direito especial, eminentemente fechado, exclusivo da classe dos comerciantes¹⁰, e com autonomia em relação ao direito civil da época, dando causa à seção e criação de um novo ramo no direito privado¹¹.

A partir do século XVIII¹², o direito comercial entrou em um novo período, denominado de fase objetiva ou sistema francês¹³. Isso se deu em decorrência de modificações na própria atividade comercial, mas, principalmente, por mudanças acontecidas na estrutura social e de poder da época, tais como o fortalecimento do Estado Nacional com a instituição dos Códigos Comerciais¹⁴ e Tribunais de Comércio, o liberalismo econômico e a proibição das corporações de ofício¹⁵.

⁷ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

⁹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 88.

¹⁰ NEGRÃO, op. cit., p. 47.

¹¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 4.

¹² BRUSCATO, op. cit., p. 89.

¹³ NEGRÃO op. cit., p. 46-48.

¹⁴ MAMEDE, op. cit., p. 2.

¹⁵ BRUSCATO, op. cit., p. 89.

Nessa segunda etapa, com base na teoria dos atos de comércio¹⁶, alterou-se o âmbito de incidência do direito comercial. Diferenciando normativamente as atividades entre civis e comerciais, passou-se a reconhecer como comerciante qualquer indivíduo que praticasse, habitual e profissionalmente, ato classificado como comercial¹⁷, ou seja, “não era mais a natureza do agente (do sujeito da ação), mas a prática de determinados atos, denominados comerciais, que importavam na qualificação do comerciante”¹⁸.

No entanto, esse sistema não foi capaz de acompanhar o progresso da economia¹⁹, de modo que se fez necessária a evolução para uma nova fase: o direito de empresa.

Ainda em curso na modernidade, esse último momento também é denominado doutrinariamente de subjetivo-empresarial²⁰ e teve sua origem com o advento do novo Código Civil italiano, de 1942, que unificou a disciplina da atividade privada ao extinguir o Código Comercial como legislação apartada²¹. Há, portanto, a substituição do sistema da comercialidade pelo sistema da empresarialidade, uma vez que foram estabelecidas “regras próprias não mais àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas à atividade definida em lei como empresarial”²². Dessa forma, passa-se ao estudo dos conceitos mais importantes da Teoria da Empresa.

2.1.1. Empresário

O legislador pátrio, na esteira do Código Civil italiano de 1942, não fixou a noção jurídica de empresa, limitando-se a estabelecer o conceito legal de empresário²³, definido pelo art. 966 do CC, *in verbis*²⁴:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

¹⁷ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2-3.

¹⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

¹⁹ MAMEDE, op. cit., p. 3-4.

²⁰ NEGRÃO, op. cit., p. 49.

²¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v. p. 39.

²² Ibid, p. 39.

²³ Ibid, p. 41.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de setembro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 15 de dez. de 2012.

Empresário, em outras palavras, é a pessoa natural ou jurídica que exercita, de forma habitual e organizada, determinada atividade econômica destinada à produção ou à circulação de bens ou de serviços no mercado, tudo isso com o intuito de lucro²⁵. Nesse sentido, elucida o professor Fábio Ulhoa Coelho²⁶:

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.

Percebe-se, dessa forma, que da conceituação legal decorrem três elementos fundamentais à figura do empresário, quais sejam, o caráter profissional, a forma organizada e a economicidade da atividade praticada²⁷. O caráter profissional ou a profissionalidade se caracteriza pelo exercício reiterado e permanente, isto é, não ocasional, da empresa²⁸. Por organização da atividade, conforme sustenta o professor Ricardo Negrão, entende-se a coordenação “de trabalho alheio e do capital próprio e alheio”²⁹. Já em relação à economicidade, manifesta-se o citado autor no sentido de ser econômica a atividade geradora “de riqueza e de bens ou de serviços patrimonialmente valoráveis para o mercado consumidor.”³⁰

Deve-se, ademais, complementar a referida definição legal com dois outros elementos essenciais, comumente identificados pela doutrina, e que servem para a caracterização do empresário, distinguindo-o das demais figuras relacionadas à empresa, sendo tais elementos a iniciativa e o risco³¹.

Iniciativa é o poder de, nas palavras de Rubens Requião, “determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade”³². Ela também pode ser encontrada em outros autores, ainda que travestida sob a rubrica da pessoalidade, que “se reflete no monopólio de informações que detém sobre a atividade que desenvolve. Somente o empresário tem inteiro domínio dos dados atinentes aos bens, serviços e práticas de seu

²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Direito de empresa no novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v: direito de empresa. p. 63.

²⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v. p. 46-47.

²⁸ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 31. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 85.

²⁹ NEGRÃO, op. cit., p. 48.

³⁰ Ibid, p. 46-47.

³¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 109.

³² Ibid, p. 109.

negócio”³³. Relativamente aos riscos, Rubens Requião afirma que “são todos do empresário: goza ele das vantagens do êxito e amarga as desventuras do insucesso e da ruína.”³⁴

O exercício da empresa pode se dar através de sociedades empresárias, criadas com a participação de mais de um indivíduo, ou, prescindindo dessa colaboração, por empresários individuais em nome próprio ou como EIRELI's. Dessa variedade decorre a classificação dos empresários em duas espécies: a) os coletivos, que surgem da reunião de indivíduos para a prática empresarial e; b) os individuais (sentido amplo), que atuam de forma isolada na sua atividade³⁵.

A respeito do empresário individual propriamente dito, evidencia-se que ele corresponde à pessoa física titular da atividadeⁱ, exercendo-a “sob uma firma, constituída a partir de seu nome, completo ou abreviado, podendo a ele ser aditado designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero de atividade”³⁶.

Destaca-se que, para que seja conferido o *status* de empresário à pessoa natural, exige a legislação pátria que o exercente da empresa seja dotado de capacidade plena, isto é, “o incapaz não pode exercer atividade empresarial, não podendo ser enquadrado como empresário”³⁷.

Cumprе anotar, ainda, outros temas que também geram confusão acerca do empresário individual pessoa natural: sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e o tratamento como se pessoa jurídica fosse em questões de direito tributário. Sobre esse ponto, mesmo coexistindo registros no CPF e no CNPJ, há que se reforçar ideia exposta anteriormente, pois a pessoa física e o empresário individual não se distinguem³⁸, o que também pode ser apreendido das palavras de Rubens Requião³⁹:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu,

³³ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 125.

³⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 109.

³⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v. p. 48.

³⁶ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

³⁷ Ibid, p. 17.

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 48.

³⁹ REQUIÃO, op. cit., p. 110.

quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (Ap. civ. nº 8.447 – Lajes, in Bol. Jur. ADCOAS, nº 18.878/73).

No que tange às sociedades, importa reafirmar a lição de que é justamente a pessoa jurídica que assume a condição de empresária⁴⁰, “na medida em que as obrigações e o risco da empresa serão da sociedade”⁴¹.

Nessa esteira, faz-se mister esclarecer que o sócio da pessoa jurídica não é empresário, mas, sim, empreendedor ou investidor⁴². Ele faz parte de uma sociedade que, por conjugar o exercício direto da empresa com sua personalidade, é ela a titular da condição de empresária⁴³. Com efeito, nessa mesma toada, há que se enfatizar o ensinamento de Gladston Mamede⁴⁴:

[...] O sócio, no entanto, não é, juridicamente, um empresário; é apenas o titular de um direito pessoal com expressão patrimonial econômica: uma ou mais frações ideais do patrimônio social, frações essas que são chamadas de quotas, nas sociedades contratuais e na sociedade cooperativa, e de ações, nas sociedades anônimas e nas sociedades em comandita por ações.

Cabe referir que, por expressa disposição legal, àquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística é negada a qualidade de empresário, ficando sujeito ao regime do direito civil⁴⁵. Isso, pelo fato de que essas atividades, ainda que possuam finalidade econômica, não se caracterizam como empresariais, uma vez que a organização possui papel subsidiário, ficando ofuscada pela importância da atividade pessoal, conforme leciona Bruscato⁴⁶:

As atividades de natureza intelectual, sejam de cunho científico, literário ou artístico também não são abrangidas, porque, embora possam produzir bens ou serviços, falta-lhes o elemento de organização dos fatores de produção, que, se existe, é circunstancial, pois a atividade criadora nasce das habilidades intelectuais pessoais daqueles que exercem tais atividades. [...]

Outra questão relevante para a fixação dos contornos da figura do empresário diz respeito à obrigatoriedade de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis,

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v: direito de empresa. p. 64.

⁴¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 62.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40-41.

⁴³ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12-13.

⁴⁴ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

⁴⁵ CAMPINHO, op. cit., p. 14.

⁴⁶ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 42.

conforme dispõe o art. 967 do CC. Nessa seara, a corrente majoritária sustenta que o desatendimento dessa obrigação não dá causa à perda da condição de empresário, conforme também se posiciona Sérgio Campinho⁴⁷:

[...] O arquivamento dos atos constitutivos das firmas individuais ou das sociedades na Junta Comercial não assegura, pelo só efeito do registro, a condição de empresário que se verifica pelo exercício profissional da atividade que lhe é própria, tal qual definida no artigo 966.

O registro na Junta Comercial é, portanto, meramente declaratório, mas sua falta implica a qualificação do empresário como irregularⁱⁱ ou de fato⁴⁸. Excetua-se, todavia, a peculiar posição do exercente de atividade rural, que somente é considerado empresário se estiver inscrito no sistema de cadastramento de empresas mercantis, situação em que se submete ao direito comercial⁴⁹.

Nesse passo, atendo-se unicamente ao empresário individual, há que se analisar outra circunstância capaz de qualificá-lo como empresário irregular: a existência de impedimento legal ao agente para o exercício da empresa⁵⁰. Cabe ressaltar que os impedidos não são incapazes, apenas legalmente proibidos, respondendo por todos os atos efetuados na prática da atividade empresarial⁵¹, conforme também escreve Rubens Requião⁵²:

[...] Convém esclarecer que o exercício do comércio, malgrado a proibição legal, não fere de nulidade o ato de comércio praticado pelo proibido; o ato é realmente válido (art. 973 do novo Cód. Civ.) e o proibido torna-se comerciante, e sofrerá as penalidades administrativas a que sua falta corresponder. [...]

Destarte, abordados, mesmo que de modo conciso, os aspectos de maior relevo no que concerne ao empresário, já que o presente trabalho não permite a extensão que o tema merece, segue-se, agora, com o estudo da empresa.

2.1.2. Empresa

Conforme dito inicialmente, o legislador fixou a noção de empresário, mas não estabeleceu expressamente o conceito de empresa, de modo que a sua definição jurídica

⁴⁷ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29.

⁴⁸ Ibid, p. 29.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39-40.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lições de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

⁵¹ Ibid, p. 33.

⁵² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 134.

“tem sido tarefa tormentosa para a doutrina, já que se busca um conceito unitário, que alie os aspectos econômico e jurídico”⁵³.

Deve-se atentar para o fato de que a empresa é uma ideia originada no âmbito da economia⁵⁴, tendo a sua noção amplamente desenvolvida por essa ciência, conforme expõe Bruscato⁵⁵:

Sob o ponto de vista econômico, a empresa é considerada como uma combinação de fatores produtivos, elementos pessoais e reais, voltados para um resultado econômico, encadeada pela ação organizadora do empresário, ou seja, toda organização econômica destinada à produção ou venda de mercadorias ou serviços, tendo, como objetivo, o lucro.

Nada obstante, houve juristas que buscaram uma conceituação à parte, exclusivamente ligada ao direito, mas que não alcançaram êxito nessa empreitada⁵⁶. Restou claro, dessa forma, que “a noção jurídica de empresa está imensamente ligada à questão econômica”⁵⁷, não sendo possível divorciá-las, conforme escreve Marlon Tomazette⁵⁸:

Por tratar-se de um conceito originalmente econômico, alguns autores pretendiam negar importância a tal conceito, outros pretendiam criar um conceito jurídico completamente diverso. Todavia, os resultados de tais tentativas se mostraram insatisfatórios, tendo prevalecido a ideia de que o conceito jurídico de empresa se assenta nesse conceito econômico, pois o fenômeno é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, apenas formulado de acordo com a visão e a linguagem da ciência jurídica.

Há, todavia, que se direcionar o presente estudo para os pontos da definição econômica dessa figura que verdadeiramente interessam ao direito⁵⁹. Aqui, de plano, destaca-se a teoria dos perfis, de Alberto Asquini, que compreendia o fenômeno econômico empresa, no âmbito jurídico, como poliédrico, isto é, assumindo múltiplos aspectos, de acordo com os distintos elementos que ali se encontravam⁶⁰. Nessa

⁵³ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 84.

⁵⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 36.

⁵⁵ BRUSCATO, op. cit., p. 85.

⁵⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 74.

⁵⁷ MARSHALL, Carla C. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 124.

⁵⁸ TOMAZETTE, op. cit., p. 36.

⁵⁹ REQUIÃO, op. cit., p. 75.

⁶⁰ TOMAZETTE, op. cit., p. 37.

concepção, a empresa não se apresentava a partir de um conceito unitário⁶¹, mas de acordo com quatro perfis por ele identificados: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo⁶².

No primeiro ângulo visto por Asquini, correspondente ao perfil subjetivo, a empresa se equivaleria ao conceito de empresário estabelecido pelo art. 2.082 do Código Civil italiano⁶³, sendo, então, uma pessoa física ou jurídica⁶⁴. O segundo aspecto elencado, perfil funcional, trata a empresa a partir de uma perspectiva dinâmica, como a atividade empresarial propriamente dita⁶⁵, “conjunto de atos tendentes a organizar os fatores de produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços”⁶⁶. O perfil objetivo relaciona a empresa com o patrimônio aziendale⁶⁷: “conjunto de bens utilizado no exercício da atividade”⁶⁸. Há, ainda, o perfil corporativo que identifica a empresa “como o resultado de uma organização do pessoal, formada pelo empresário e por seus colaboradores”⁶⁹.

Embora todos os perfis tenham assento relevante no estudo da matéria, o entendimento mais atual da doutrina enxerga a empresa no aspecto funcional idealizado por Asquini. Nesse diapasão, Rubens Requião⁷⁰ aduz que “no ângulo do direito comercial, empresa, na acepção jurídica, significa *uma atividade* exercida pelo empresário”.

No ensinamento de Sérgio Campinho⁷¹, a empresa é “fruto da ação intencional do seu titular, o empresário, em promover o exercício da atividade econômica de forma organizada”. Em semelhante linha de raciocínio, Gladston Mamede assevera que a

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 79.

⁶² NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-66.

⁶³ REQUIÃO, op. cit., p. 79.

⁶⁴ NEGRÃO, op. cit., p. 64-65.

⁶⁵ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.

⁶⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 37.

⁶⁷ NEGRÃO, op. cit., p. 66-67.

⁶⁸ BRUSCATO, op. cit., p. 94.

⁶⁹ NEGRÃO, op. cit., p. 67-68.

⁷⁰ REQUIÃO, op. cit., p. 75.

⁷¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

empresa se revela como atividade⁷², surgida pela combinação de diferentes ângulos de análise, assim conceituada⁷³:

A empresa é a organização de meios materiais e imateriais, incluindo pessoas e procedimentos, para a consecução de determinado objeto (o objeto social), com a finalidade genérica de produzir vantagens econômicas que sejam apropriáveis por seus titulares, ou seja, lucro que remunere aqueles que investiram na formação de seu capital empresarial (que será chamado de capital social, sempre que à empresa corresponda uma sociedade empresária).

Assim sendo, no intuito de eliminar qualquer incompreensão acerca da matéria, é importante valer-se do ministério de Rubens Requião⁷⁴, para quem “a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*”.

É, pois, partindo dessa posição que se deve aclarar as distinções entre empresa e sociedade empresária (aspecto subjetivo), assim como entre empresa e estabelecimento empresarial (aspecto objetivo)⁷⁵.

Inicia, a empresa, a partir do momento em que o empresário exercita a atividade econômica organizada e desaparece com a cessação desse exercício. Cria-se, no dia a dia, uma ligação tão intensa entre as partes dessa relação que os problemas em se distinguir sujeito e objetos de direito⁷⁶ alcançam até a legislação nacional⁷⁷.

Tem-se, como exemplo de dispositivo normativo no qual o legislador erroneamente se refere à empresa como sujeito de direito, o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁷⁸:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Edson Isfer⁷⁹ critica tal orientação por ela não se coadunar com a definição de empresa seguida pelo direito empresarial, uma vez que “refoge aos padrões da

⁷² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 33.

⁷³ Ibid, p. 32.

⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 83.

⁷⁵ MAMEDE, op. cit., p. 31.

⁷⁶ REQUIÃO, op. cit., p. 84.

⁷⁷ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

⁷⁸ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm > Acesso em: 04 de mai. de 2013.

⁷⁹ ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 44.

legislação civil e comercial em geral, sendo inovação do direito trabalhista, adotado igualmente pelo direito tributário (i.e. art. 127, §1º, b, do Decreto Lei 1.041, de 11/01/94 – RIR) e pela CF/88 (art. 171)”.

Certo é que essa confusão conceitual não tem espaço na doutrina jurídica. Assim, afastando dúvidas quanto às diferenças entre empresa e sociedade empresária, leciona Rubens Requião⁸⁰:

A principal distinção, e mais didática, entre empresa e sociedade empresária é a que vê na sociedade o sujeito de direito, e na empresa, mesmo como exercício de atividade, o objeto de direito.

A sociedade empresária, desde que esteja constituída nos termos da lei, adquire categoria de pessoa jurídica. Torna-se capaz de direitos e obrigações. A sociedade, assim, é empresária, jamais empresa. É a sociedade, como empresário, que irá exercer a atividade produtiva.

E, exacerbando essa distinção, verifica-se a possibilidade de que exista sociedade sem empresa, “[...] bastando, para isso, que seus atos constitutivos sejam inscritos na Junta Comercial, sem, de fato, entrar em atividade, deixando de exercer a exploração do objeto.”⁸¹

Analizada a figura da empresa em seus temas de maior importância, na medida do possível, buscou-se prover, o presente trabalho, de conteúdo para o seu andamento sem embaraços. Dessa forma, parte-se para o estudo do estabelecimento empresarial, sem esquecer, ainda, da necessidade de que seja apreendida a sua distinção em relação à empresa.

2.1.3. Estabelecimento Empresarial

O estabelecimento, da mesma forma que a figura do empresário, possui seu conceito determinado pelo Código Civil Brasileiro, conforme dispõe seu art. 1.142, *in verbis*: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Ou seja, ele

⁸⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 84.

⁸¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11-12.

constitui a base patrimonial da empresa⁸², notadamente o aspecto estático visualizado por Asquini⁸³.

Nesse sentido, é indispensável, para o exercício da atividade empresarial, que o seu titular esteja suficientemente aparelhado⁸⁴, visto que não há possibilidade de se “dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento”⁸⁵.

Para tanto, considerando a modalidade de negócio que deseja desempenhar, deve, o empresário, promover a reunião de diversos elementos, materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, necessários ou úteis, organizando-os⁸⁶.

Assim, o estabelecimento é definido, nos seguintes termos, por Rubens Requião⁸⁷:

O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial. [...]

Na mesma direção, orienta-se Sérgio Campinho⁸⁸:

[...] Nessa exploração da atividade econômica organizada, utiliza-se o seu titular de um conjunto de elementos, materiais ou imateriais, sem o que não logrará êxito em desempenhá-la.

A esse complexo de bens, disposto segundo a vontade do empresário individual ou da sociedade empresária, que lhes serve de instrumento de realização de sua empresa, é que se denomina de estabelecimento.

Como visto, percebe-se que esse complexo de bens – afora o prédio, estoque, veículos, máquinas, utensílios, livros, documentos – é também integrado por elementos incorpóreos que possuem valor para que se atinjam os objetivos empresariais, tais como o ponto, o nome, o título do estabelecimento, marcas, patentes de invenção e de modelo de utilidade, clientela etc⁸⁹.

⁸² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 31.

⁸³ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.

⁸⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 295.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v: direito de empresa. p. 96.

⁸⁶ BRUSCATO, op. cit., p. 102.

⁸⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 320.

⁸⁸ CAMPINHO, op. cit., p. 295.

⁸⁹ BRUSCATO, op. cit., p. 103.

Destaca-se, ainda, que os bens amalgamados no fundo de comércio “não perdem cada um deles sua individualidade singular”⁹⁰, nada obstante o complexo organizado para o exercício da empresa forme “uma unidade, adquirindo um valor patrimonial pelo seu todo”⁹¹, e se constitua, conforme entende a doutrina majoritária, no que tange à sua natureza jurídica, em uma universalidade de fato⁹², como aludido por Rubens Requião⁹³:

Na doutrina, os autores versam sobre o estabelecimento comercial como instrumento do exercício da empresa, organizado pelo empresário. Na impossibilidade legal de conceituá-lo como *universitas juris*, pois esta depende de criação da lei, e mesmo como patrimônio separado, já que o direito brasileiro consagra o princípio da unidade patrimonial como objeto de direito, resta aos comercialistas a classificação compulsória como uma universalidade de fato.

Com efeito, considerando-se a modalidade do trabalho proposto, deve-se extrair, dessa discussão, o conteúdo mais relevante, chegando a, como bem escreve Fábio Ulhoa Coelho⁹⁴, “três pontos essenciais: 1º) o estabelecimento empresarial não é sujeito de direito; 2º) o estabelecimento empresarial é uma coisa; 3º) o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária”.

Nesse passo, não cabe tomar o fundo de comércio por sociedade empresária, pois, conforme já mencionado, a legislação nacional confere a condição de pessoa jurídica unicamente à “sociedade empresária, que, reunindo os bens necessários ou úteis ao desenvolvimento da empresa, organiza um complexo com características dinâmicas próprias”⁹⁵.

Menos ainda pode-se confundir o estabelecimento com a empresa, conforme explicita Fábio Ulhoa Coelho⁹⁶:

[...] Mesmo no linguajar cotidiano, encontra-se referência ao local de exploração da atividade econômica pela palavra “empresa”. Em termos técnicos, contudo, esta relação semântica é inadequada. Empresa é a atividade econômica desenvolvida no estabelecimento, e não se confunde com o complexo de bens nele reunidos. Assim, o estabelecimento empresarial pode ser alienado, onerado, arrestado ou penhorado, mas a empresa não.

⁹⁰ REQUIÃO, op. cit., p.320.

⁹¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 299.

⁹² Ibid, p. 299.

⁹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 326.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v: direito de empresa. p. 99.

⁹⁵ Ibid, p. 99.

⁹⁶ Ibid, p. 100.

Destarte, a fim de ilustrar tal situação, ressalta-se a doutrina de Gladston Mamede⁹⁷, cuja lição aponta que:

Quem entra à noite nas instalações de uma fábrica que não está funcionando vê o estabelecimento, não vê a empresa. Durante o dia, o conjunto do estabelecimento e das atividades ali desempenhadas (aspecto dinâmico), dão expressão à empresa.

Dessa forma, impõe-se que se distancie de uma materialização da empresa, pois isso não se coaduna com a técnica jurídica⁹⁸.

2.2. Histórico doutrinário da limitação da responsabilidade do empresário individual

Ultrapassadas as questões de conteúdo mais geral, que, no entanto, são fundamentais para o entendimento do assunto, adentra-se, agora, de modo mais incisivo, no objeto de estudo do presente trabalho.

Nesse diapasão, com o intuito de analisar o desenvolvimento doutrinário do tema, far-se-á um breve apanhado da origem europeia, partindo-se, após, para o tratamento dispensado pela doutrina nacional. Ainda, em um terceiro momento, no tópico que se segue a este, serão abordadas as repercussões da matéria no âmbito do Legislativo nacional.

Um dos que primeiro vislumbrou a ideia de limitação da responsabilidade do empresário individual na doutrina estrangeira foi, na Inglaterra, já nos idos de 1877, Sir G. Jessel⁹⁹, que, conforme narra Sylvio Marcondes Machado¹⁰⁰, não enxergava razão na determinação de “que as pessoas não possam negociar, livres de toda responsabilidade excedente de determinada soma, mediante prévia notificação dos credores”.

⁹⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v. p. 32.

⁹⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 83.

⁹⁹ SIDOU, José Maria Othon. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 204, p. 39-48, 1963. p. 41.

¹⁰⁰ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 48.

Mas, a discussão realmente ganhou vulto a partir da tramitação e posterior aprovação do projeto de lei que, na Alemanha, em 1892, introduziu a sociedade de responsabilidade limitada¹⁰¹.

Nesse ínterim, Paul Spizer, em 1890, referindo-se ao então projeto de legislação alemão, observava que os pressupostos de limitação da responsabilidade ou “distinção entre fortuna comercial e fortuna privada” nele presentes também se ajustavam aos interesses do comerciante individual, e poderiam servir de modelo para se “autorizar a limitação da responsabilidade deste, pelos compromissos de ordem comercial”, conforme relato de Ischer, trazido por Machado¹⁰².

Em sequência, conforme expõe Bruscato¹⁰³, Karl Wieland, ao estudar a lei da sociedade de responsabilidade limitada positivada no ordenamento germânico, reconhecia a superação do principal óbice à aplicação da limitação dos riscos ao comerciante individual, ou seja, do princípio de que a responsabilidade limitada cabia apenas nos casos em que houvesse uma participação impessoal dos membros da sociedade. Ainda, segundo relato de Ischer, citado por Sylvio Marcondes Machado¹⁰⁴, Wieland asseverava que “A exclusão das empresas privadas, do benefício da responsabilidade limitada, constituiria um privilégio injustificável das empresas sociais”.

Como apontado por Machado¹⁰⁵, Oskar Pisko, na Áustria, após estudar a matéria, convenceu-se de que se impunha, ao legislador, a outorga ao comerciante individual da limitação de sua responsabilidade, sendo que, entre os desdobramentos da disciplina, a principal inquietação do autor se referia à má utilização das sociedades comerciais, especialmente pelo subterfúgio dos “homens de palha”.

Nesse sentido, Pisko questionava a razão de “os particulares procurarem a limitação dos seus riscos de negócio por meio de desvios”, vez que o legislador poderia criar alternativa “límpida, conformada aos fins desejados e submissa à fisionomia geral

¹⁰¹ Ibid, p. 49.

¹⁰² ISCHER, Roger. **Vers la Responsabilité du responsabilité limitée du Commerçant Individuel**. Lausanne: SPES, 1939. apud MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 49.

¹⁰³ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 57.

¹⁰⁴ ISCHER, op. cit., apud MACHADO, op. cit., p. 51.

¹⁰⁵ MACHADO, op. cit., p. 52.

da ordem jurídica?”¹⁰⁶. E, como solução à interrogação levantada, Pisko, em 1910, defendendo a adoção do patrimônio separado¹⁰⁷, de forma pioneira, publica projeto de lei sobre o tema¹⁰⁸, o qual, no ano de 1926, foi adotado pelo Estado de Liechtenstein¹⁰⁹.

Há que se mencionar, ainda, Paul Carry, que apresentou trabalho de grande sucesso no ano de 1928¹¹⁰. Carry, consoante registra Machado¹¹¹, sustentava, com base nos ensinamentos de Pisko, a empresa privada com responsabilidade limitada, resultado da lógica separação entre o patrimônio particular e o patrimônio destinado à empresa. Ele se opunha de forma ferrenha às sociedades fictícias, que considerava um “fenômeno anormal”, pugnando pela legalização da matéria, argumentando que, para evitar “tais sociedades e a nefasta instituição dos ‘homens de palha’, só há uma solução: oferecer ao comerciante individual o meio de realizar, diretamente, o que procura nessas combinações”.

No ano de 1939, ao editar sua obra, Roger Ischer, conforme expõe Machado¹¹², rejeita a aludida proposição de Pisko, defendendo, para a limitação dos riscos do comerciante individual, a personalização, com a criação de uma nova pessoa jurídica a partir do patrimônio da empresa.

Ischer sustenta que sua posição não demandaria a violação de princípios da legislação positivada, uma vez que a vasta utilização de sociedades de membro único comprovaria que sua doutrina consiste no meio menos oneroso para a limitação dos riscos da atividade do comerciante individual¹¹³. Além disso, ele apresenta proposta de anteprojeto de lei, “elaborado em estreita ligação com dispositivos do código das obrigações, concernentes às sociedades anônimas e às sociedades de responsabilidade limitada”¹¹⁴.

¹⁰⁶ ISCHER, op. cit., apud MACHADO, op. cit., p. 52.

¹⁰⁷ MACHADO, op. cit., p. 67.

¹⁰⁸ SIDOU, José Maria Othon. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 204, p. 39-48, 1963. p. 41.

¹⁰⁹ BRUSCATO, op. cit., p. 58.

¹¹⁰ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 56.

¹¹¹ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 63-66.

¹¹² Ibid, p. 69.

¹¹³ Ibid, p. 68-69.

¹¹⁴ Ibid, p. 70.

Assim, observados os principais expoentes do direito europeu que se dedicaram ao assunto, desde o seu surgimento e o seu desenvolvimento inicial, passa-se, em seguida, ao estudo dos rumos que a matéria levou no direito pátrio.

No Brasil, após considerável hiato temporal, a temática foi inicialmente levantada por Trajano de Miranda Valverde¹¹⁵, no ano de 1943, em publicação realizada pela Revista Forense. No citado artigo, que Edson Isfer¹¹⁶ também traz à baila, Miranda Valverde se orientava pela criação dos denominados “estabelecimentos autônomos de responsabilidade limitada”. Nesse sentido, indagava por que não se permitia ao indivíduo a limitação de sua responsabilidade por outros meios que não a criação de sociedades¹¹⁷:

Mas, se o direito positivo dispõe que a pessoa pode limitar a sua responsabilidade, organizando ou constituindo determinada espécie de sociedade, porque não lhe há de conferir, sem o auxílio desse meio, a faculdade de limitar essa responsabilidade mediante a separação de bens ou valores de seu patrimônio para a consecução de certo fim ou a declaração de que somente responderá, na organização, empresa ou estabelecimento, até certa soma?

E, logo após, manifestava-se, o referido autor, pela aprovação da limitação da responsabilidade por meio de estabelecimentos autônomos¹¹⁸:

Convém, pois, que o direito positivo autorize, com as devidas cautelas, a pessoa natural ou jurídica, a criar estabelecimentos autônomos, separando, para este fim, de seu patrimônio bens ou valores, com a faculdade de limitar a sua responsabilidade até determinada soma.

Em 1950, Antônio Martins Filho apresentou tese de grande repercussão ao Congresso Jurídico Comemorativo do Cinquentenário de Fundação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, na qual defendia o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada, que oportunizaria, ao direito positivo, em atenção aos anseios da sociedade, colmatar a lacuna normativa que dava causa às sociedades fictícias¹¹⁹:

¹¹⁵ BRUSCATO, op. cit., p. 63.

¹¹⁶ ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 160-161.

¹¹⁷ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Estabelecimento Autônomo**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.96, ano XL, n. 486, p. 571-585, dez. 1943. p. 577.

¹¹⁸ Ibid, p. 571-585.

¹¹⁹ MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, in Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre, vol. 1, ps. 284 e segs. 1951. apud MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 92 e ISFER, op. cit., p. 159.

[...] Em defesa de nossa tese, procuramos demonstrar a pressão dos fatos sobre a lei em várias fases da vida econômica, daí resultando a tendência de limitação da responsabilidade, que ora se dirige em direção da empresa do comerciante singular. A existência e generalização de sociedades fictícias ou unipessoais evidencia positivamente uma lacuna no quadro do direito positivo e, pois, reflete mais uma revolta dos fatos contra o Código.

Embora, para o autor, não fossem juridicamente relevantes as objeções feitas às sociedades fictícias ou unipessoais, ele não as considerava como uma resposta natural ao problema. Dessa forma, entendia que o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada era a melhor opção, já que resolveria a questão de uma forma direta, adicionando nova exceção ao princípio da indivisibilidade patrimonial, com a “personificação do comerciante individual e a separação de patrimônio para os fins empresariais”¹²⁰, conforme se percebe pelo texto de Martins Filho, cuja passagem é citada por Machado e Isfer¹²¹:

[...] Também admitimos que não existem razões jurídicas decisivas contra as chamadas sociedades unipessoais, mas que se trata de meio indireto e, pois, anormal da limitação dos riscos do comerciante singular. Em vista disso, parece-nos aconselhável chegar a esse fim diretamente, ou seja, pela adoção do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada [...].

Ainda, segundo escreve Bruscato¹²², o trabalho apresentado por Antônio Martins Filho foi acompanhado de “amplo debate, chegando-se à aceitação, com reservas, do regime de responsabilidade limitada da empresa individual, com recomendações de maior estudo do assunto e das garantias dos credores”.

No desenrolar da discussão, há, em 1956, a importante obra de Sylvio Marcondes Machado. Após notável introdução do tema, o autor, na terceira parte de sua monografia, doutrinando favoravelmente à limitação dos riscos do comerciante individual, propõe, em direito constituendo, a empresa individual com responsabilidade limitada, a ser realizada através da separação patrimonial¹²³.

¹²⁰ ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 159.

¹²¹ MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**, in Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre, vol. 1, ps. 284 e segs. 1951. apud MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 92 e ISFER, op. cit., p. 159.

¹²² BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 64-65.

¹²³ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 284.

Em 1958, tem-se a doutrina de Waldemar Ferreira, o qual se posiciona contrariamente às sociedades unipessoais, um dos caminhos imaginados para resolver o problema, sustentando que, em não havendo pluralidade de sócios, a sociedade perderia a sua essência, deixando de existir¹²⁴:

No Brasil, o assunto não tem merecido maior destaque. Predomina na doutrina e na jurisprudência o preconceito da impossibilidade de existir sociedade de um sócio somente. [...] perde sua essência a sociedade em que apenas um dos que a formaram entra ou fica a contribuir de maneira oposta à estabelecida pelo Código, confundindo-se o patrimônio social com o do único sócio, se é que ele pode, de então em diante, continuar a ser sócio. [...] Desde que a sociedade perde essa essência, esvazia-se de conteúdo jurídico. Deixa de existir. É pressuposto de qualquer sociedade a pluralidade de sócios.

Há, ainda, do mesmo autor, obra datada de 1960, na qual, após analisar o projeto de lei do deputado Freitas e Castro, bem como as teses apresentadas no referido Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Waldemar Ferreira aduzia não existir sustentação doutrinária ou utilitária para as sociedades unipessoais, nem para a limitação da responsabilidade do comerciante individual, escrevendo ser medida que atentaria contra o princípio da isonomia¹²⁵:

É anômala, por isso mesmo, a figura do comerciante individual de responsabilidade limitada. Quando haja a lei outorgar a vantagem extraordinária de limitar a responsabilidade de alguém, de modo a que seus bens não respondam por suas obrigações senão até cifra predeterminada por manifestação unilateral de sua vontade, não se esqueçam os que a redigirem do preceito constitucional de que, em face dela, todos são iguais. A limitar a de alguém, que seja a medida de ordem geral, para todos os devedores, assim comerciais, como civis. Não há motivo razoável por que se possa atribuir ao comerciante individual essa grã prerrogativa. Não a merecem acaso os agricultores e outros empresários civis, mais sujeitos, que os comerciantes, aos azares do tempo e outros infortúnios naturais, que lhes inutilizam as colheitas e empreendimentos?

No mesmo sentido é o ensinamento de Hernani Estrella, datado de 1969, para quem a sociedade, composta por dois sócios, ao ter esse número reduzido a apenas um, sofrerá dissolução “pela fatalidade natural das coisas, isto é, por ser logicamente impossível a existência de uma entidade coletiva a que falte (pelo menos no plano do direito privado), a pluralidade de pessoas”¹²⁶.

¹²⁴ FERREIRA, Waldemar. **Tratado das Sociedades Mercantis**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, v 1. p. 131.

¹²⁵ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960, 2 v: o estatuto do comerciante. p. 267-268.

¹²⁶ ESTRELLA, Hernani. **Direito Comercial: estudos**. Rio de Janeiro: Konfino, 1969. p. 286.

De outro vértice, no entanto, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, no ano de 1973, manifesta entendimento no sentido de que, havendo redução dos sócios a número menor que dois, a dissolução não seria imperativa. Na orientação do autor, alinhada com o que ele considera ser a tendência moderna da doutrina, o interesse mais elevado, que deveria ser atendido no caso, consistiria na preservação da empresa, de forma a se autorizar “sua continuação por um determinado período, independentemente da existência da coletividade”¹²⁷.

Reconhecia, ainda, o citado autor, no direito brasileiro, a existência da sociedade unipessoal originária¹²⁸:

No Brasil já não nos pode mais causar estranheza a sociedade de um único sócio porque, neste particular, temos exemplo de avanço sobre as próprias leis estrangeiras. Assim é que os países que adotam a sociedade unipessoal, quer pela orientação jurisprudencial, como a Alemanha, quer por dispositivo expresse de lei, como a Suíça e a Itália, não se admitem por ocasião da fundação, mas apenas no decorrer de seu funcionamento. Entretanto, entre nós, encontramos a NOVAP, sociedade de economia mista, que se iniciou com apenas um acionista: a União.

Romano Cristiano, nos idos de 1977, dedica obra inteira à limitação da responsabilidade do empresário individual, na qual, resumidamente, asseverava que a responsabilidade ilimitada não poderia mais ser admitida “por uma questão de justiça, pois se como sócia de sociedade comercial, determinada pessoa física pode conseguir responsabilidade limitadíssima, por que como comerciante individual há de ter responsabilidade ilimitada?”¹²⁹. Assim, propugnava que a “solução ideal para todos esses problemas seria, a nosso ver, a outorga de personalidade jurídica à ‘empresa individual’”¹³⁰.

Somando-se a ele, Fran Martins, em 1978, ao reconhecer caráter institucional à sociedade anônima, manifesta-se favoravelmente à possibilidade de sua utilização pelo empresário individual na limitação dos riscos da atividade. Nesse sentido, expõe, o autor, que a sociedade anônima “poderia não apenas se constituir como funcionar, estando todas as ações em poder de um único acionista, [...] funcionando a sociedade

¹²⁷ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **Sociedades por Ações**. São Paulo: Saraiva, 1973, 4 v. p. 249. apud ISFER Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 157.

¹²⁸ Ibid, p. 157.

¹²⁹ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 148-149.

¹³⁰ Ibid, p. 149.

como uma *instituição* cuja finalidade é realizar determinados atos com intuito de lucro”¹³¹.

Aqui, cabe mencionar que a doutrina e a jurisprudência, em analogia à lei das sociedades anônimas, passaram a admitir a continuação de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em que faltasse a pluralidade de sócios por certo período, conforme julgado do STF cuja ementa segue¹³²:

SOCIEDADE LIMITADA CONSTITUIDA DE DOIS SOCIOS. DEFERIMENTO DA DISSOLUÇÃO PARCIAL COM A APURAÇÃO EXATA DOS HAVERES DO SOCIO FALECIDO, SEM PREJUÍZO DA CONTINUIDADE DA EMPRESA PELO SOCIO SOBREVIVENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(RE 104596, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 23/04/1985, DJ 21-06-1985 PP-10089 EMENT VOL-01383-02 PP-00363 RTJ VOL-00114-02 PP-00851)

Dessa forma, ao comentar acórdão do TJRJ na mesma direção, Philomeno J. da Costa, no ano de 1984, apresenta-se como partidário da limitação da responsabilidade do empresário individual, ao referir que a sua introdução acabaria com a criação de sociedades fictícias e a utilização de “homens de palha”¹³³:

[...] sobra a crítica teórica à inadmissibilidade da consagração da responsabilidade limitada do comerciante (empresário) individual. Se se conseguir isto, ou seja a consagração, percebe-se de pronto, que será obsoleta a formação de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou de companhia, quando um cidadão queira sozinho implantar um negócio, ou melhor, uma empresa.

Nessa esteira, em ordem cronológica, há, ainda, as doutrinas de Calixto Salomão Filho, Edson Isfer, Carla C. Marshall, Wilges Ariana Bruscato, que terão suas principais ideias abordadas por ocasião do segundo capítulo.

2.3. Proposições de limitação da responsabilidade do empresário individual na história do Legislativo brasileiro

¹³¹ MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 3 v: artigos 206 a 300. p. 8-9.

¹³² Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=196616>> Acesso em: 10 jun. 2013.

¹³³ COSTA, Philomeno Jose da. **Jurisprudência**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 53, p. 88-101, jan.1984. p. 91-101.

Analisado o histórico doutrinário da matéria, segue-se com o estudo das propostas do Legislativo pátrio para a introdução da figura do empresário individual de responsabilidade limitada.

Dessa feita, de forma pioneira, o deputado Fausto de Freitas e Castro, sob influência da doutrina de Trajano de Miranda Valverde, apresenta, “em maio de 1947, na Câmara dos Deputados, projeto de lei sobre o assunto e o retira antes que seja votado, devido aos pareceres contrários das comissões de Constituição e Justiça e de Economia, Indústria e Comércio”¹³⁴.

O Deputado, na justificação do PL 201, aduzia que a permissão legal para a criação, bem como a regulamentação legislativa de empresas individuais de responsabilidade limitada eram, de há muito, imperativas¹³⁵. Nesse sentido, afirmava que se a permissão de limitação conferida aos “sócios de alguns tipos societários tinham apontado benefícios, no Brasil e na maioria dos países, ajudando no desenvolvimento econômico, faltava na nossa legislação a possibilidade da limitação patrimonial para o empresário individual”¹³⁶.

Contudo, sua argumentação não tomava rumo puramente econômico. O citado projeto de lei também se firmava em uma questão de igualdade, vez que se “duas pessoas podiam tentar um empreendimento sem arriscar a totalidade do seu patrimônio. Uma delas, isoladamente, no entanto, não o pode fazer”¹³⁷. Além disso, no relato de Bruscato, pode-se notar a preocupação do Deputado com as sociedades fictícias e os abusos perpetrados através delas, já que era possível se obter, “à margem da lei, a limitação de sua responsabilidade na condição de comerciantes”¹³⁸.

O parecer dado pela Comissão de Constituição e Justiça, datado de julho de 1947, deixando de analisar de forma mais detida o conteúdo do projeto de lei, considerou que o momento não era oportuno para a sua discussão, que deveria aguardar a reforma do Código Comercial de 1850¹³⁹.

¹³⁴ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 63.

¹³⁵ Ibid, p. 63.

¹³⁶ LYNCH, Maria Antonieta. **Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Privado, vol. 40, 2009. p. 219.

¹³⁷ BRUSCATO, op. cit., p. 63-64.

¹³⁸ Ibid, p. 64.

¹³⁹ Ibid, p. 64.

Já o parecer da Comissão de Indústria, ao rejeitar o projeto, manifestou entendimento de que legislar em tal sentido seria “inconveniente e ‘sumamente perigoso para o interesse’ dos que comerciavam”¹⁴⁰, tendo em vista o risco de fraudes na administração da empresa de responsabilidade limitada sem o freio de outros sócios. Além disso, pesou, nessa decisão, o “temor de inovar”¹⁴¹.

Posteriormente, em 1976, após largo lapso temporal, surge a adoção, pelo direito pátrio, da sociedade unipessoal originária, segundo observa Cervo¹⁴²:

No direito brasileiro, a única exceção à regra de que as sociedades empresariais devem ser constituídas ab initio por no mínimo duas pessoas, está na chamada subsidiária integral disciplinada nos arts. 251 a 253 da Lei 6.404/76. Sua constituição exige escritura pública, tipo societário anônimo e acionista único representado por sociedade brasileira, que pode adotar qualquer forma societária, desde que seja organizada segundo as normas da legislação brasileira e tenha sede administrativa no território nacional.

Ocorre que, por sua utilização ser restrita a sociedades brasileiras, fez-se necessário continuar na busca por medidas capazes de limitar a responsabilidade do empresário individual. Nesse sentido, o relato de Marshall¹⁴³:

[...] deu-se em 1987, com a tentativa de compatibilização da sociedade por quotas de responsabilidade limitada à realidade emergente, ou seja, admitindo-se a unipessoalidade. Tal fato se daria por intermédio de uma emenda ao texto original em seu artigo 1º, o qual adotaria a seguinte redação: “Além das sociedades a que se referem os arts. 395, 311, 315 e 317 do Código Comercial poderão constituir-se sociedades por cotas de responsabilidade limitada, integradas por uma ou mais pessoas”.

Não obtido êxito, nova tentativa foi realizada, no ano de 1999, por meio de anteprojeto apresentado por Arnaldo Wald, que propunha a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Destaca-se que, “apesar de tímido, em relação ao instituto representa grande avanço num meio jurídico onde há muito não se questionava acerca da possibilidade de adoção da EIRL”¹⁴⁴. Contudo, sua discussão foi suplantada pelo Novo Código Civil de 2002¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Ibid, p. 64-65.

¹⁴¹ Ibid, p. 65.

¹⁴² CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, nº 9, jun./jul. 2006. p. 67-68.

¹⁴³ MARSHALL, Carla C. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41.

¹⁴⁴ LYNCH, Maria Antonieta. **Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Privado, vol. 40, 2009. p. 224.

¹⁴⁵ Ibid, p. 224.

Já no ano de 2003, apresentado pelo Deputado Almir Moura, teve-se o PL 2.730, com proposta de inclusão de novo dispositivo no Código Civil, o art. 985-A e parágrafos.

Por esse projeto, introduzir-se-ia, no *caput* do artigo, a sociedade unipessoal originária, a ser constituída por pessoa singular ou coletiva, e, no parágrafo primeiro, a derivada, “resultante da concentração das suas quotas nas mãos de um único sócio, independentemente da causa da concentração”¹⁴⁶. Estabelecer-se-ia, ainda, nos parágrafos segundo e terceiro, determinações sobre a formação do nome empresarial e a limitação das dívidas ao patrimônio social. Contudo, o projeto era lacunoso, visto que não tratava da constituição e dissolução das sociedades unipessoais¹⁴⁷.

Proposta de autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly, houve, em 2004, o PL 3.667, que, embora não se dedicasse exclusivamente ao tema, autorizava a constituição e a existência regular da sociedade limitada formada por sócio único, “pessoa física residente no País”¹⁴⁸. No entanto, conforme aduz Cervo¹⁴⁹:

A inovação no tratamento da sociedade unipessoal nesse projeto de lei não ultrapassa dois artigos e um parágrafo, carecendo de disciplina jurídica questões como nome empresarial, forma de constituição e dissolução, além de colocar em um mesmo quadro, sociedades simples e empresárias. [...]

Ainda, nesse movimento histórico, há que se destacar o PL 5.805, datado de 2005, proposto pelo Deputado Antonio Carlos Mendes Thame¹⁵⁰:

[...] ao criar em seu art. 3º a figura do empresário individual de responsabilidade limitada, enquadrado na lei de micro e pequenas empresas, cuja responsabilidade patrimonial fica restrita ao montante do capital social, que deverá ser anotado em sua inscrição no registro público de empresas mercantis. Diferentemente dos outros projetos, optou-se pela constituição da sociedade unipessoal com personalidade jurídica distinta do sócio. Malgrado, o projeto de lei faz confusão entre capital social e patrimônio social, não dando o devido tratamento jurídico ao nome empresarial, forma de constituição e dissolução, dentre outros relevantes aspectos.

Por ocasião da LC 123, aprovada no ano de 2006, novamente foi levantada a discussão no Congresso Nacional, conforme expõe Lynch¹⁵¹:

¹⁴⁶ CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, nº 9, jun./jul. 2006. p. 73.

¹⁴⁷ Ibid, p. 73.

¹⁴⁸ Ibid, p. 73.

¹⁴⁹ Ibid, p. 73.

¹⁵⁰ Ibid, p. 73-74.

¹⁵¹ LYNCH, Maria Antonieta. **Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Privado, vol. 40, 2009. p. 224.

Primoroso e detalhado, o projeto tinha em seus dispositivos uma importante figura, que de forma inovadora, mas em nada alheia a um antigo anseio dos empresários, representaria um grande avanço no que tange ao regime geral das responsabilidades que, contudo, infelizmente foi vetado. Referimo-nos à figura do Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada.

O artigo que introduzia a referida figura tinha a seguinte redação, *in verbis*¹⁵²:

“Art. 69. Relativamente ao empresário enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte nos termos desta Lei Complementar, aquele somente responderá pelas dívidas empresariais com os bens e direitos vinculados à atividade empresarial, exceto nos casos de desvio de finalidade, de confusão patrimonial e obrigações trabalhistas, em que a responsabilidade será integral”.

Mas, apesar de significar avanço extremamente desejado, a disciplina, que foi objeto de veto presidencial, não estava imune a críticas, nas palavras de Lynch¹⁵³:

[...] Na realidade o dispositivo deveria integrar o Código Civil ou compor uma lei específica extensiva a todos os agentes econômicos individuais e não apenas às MEs e EPPs. Além do que, é imprescindível uma regulamentação detalhada, nos moldes da experiência ou exemplo do direito comparado.

E, finalmente, cumpre destacar o PL 4.605, de 2009, de autoria do Deputado Marcos Montes, que, na condição de texto aprovado pelo Legislativo Brasileiro, consubstanciado na Lei nº 12.441/2011, será analisado no último capítulo deste trabalho.

Tem-se, portanto, neste capítulo, em um momento inicial, o estudo da origem e da evolução do Direito Comercial, com foco na Teoria da Empresa. Destarte, buscou-se analisar, além dos contornos básicos, as questões que apresentam maior embaraço a respeito do empresário, empresa e estabelecimento, pautando-se por uma abordagem a mais ampla possível, de acordo com o que é razoável nesta espécie de trabalho.

Por seu turno, vencido este umbral, seguiu-se com o relato histórico da doutrina dedicada ao tema, iniciado com a análise de sua origem europeia e completado com os estudos da doutrina nacional. Ainda, ao final, tratou-se acerca do desenvolvimento legislativo da matéria no âmbito nacional.

Feito isso, então, em um novo momento, parte-se para o exame de alguns dos diferentes meios teóricos idealizados para a limitação da responsabilidade pelo exercício individual de empresa, com o estudo da sociedade unipessoal, patrimônio de afetação, estabelecimento individual e empresa individual de responsabilidade limitada.

¹⁵² Ibid, p. 224.

¹⁵³ LYNCH, Maria Antonieta. **Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Privado, vol. 40, 2009. p. 224.

3. MECANISMOS POSSÍVEIS PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NO EXERCÍCIO INDIVIDUAL DE ATIVIDADE EMPRESARIAL

Conforme visto, o titular da empresa, movido pela possibilidade de auferir lucros, organiza os fatores de produção e exerce a atividade econômica que lhe seja mais apropriada. Contudo, no momento em que se coloca no mercado, expõe-se ao risco de insucesso na sua iniciativa¹⁵⁴.

Ocorrido esse infortúnio, porém, aquele que, no Brasil, individualmente, explorasse atividade empresarial não era amparado pela legislação, respondendo pelas obrigações assumidas com todo o seu acervo patrimonial passível de ser executado, conforme alude Machado¹⁵⁵:

O princípio da responsabilidade patrimonial vincula os bens da pessoa ao cumprimento de suas obrigações e atua, de regra, sem quaisquer restrições ou limites. Daí decorre que o sujeito que exerce atividades econômicas - cujo patrimônio responde pelas obrigações delas emergentes - suporta, ele só, a totalidade dos riscos próprios do empreendimento.

Por longo período, o mandamento supra foi absoluto. No entanto, há muito tempo que sua aplicação irrestrita não se conformava com as necessidades da atividade produtiva¹⁵⁶.

Tal situação já havia despertado a atenção da doutrina nacional, com o desenvolvimento de estudos sobre os mais variados meios jurídicos para se atingir a separação entre o capital destinado à empresa e o patrimônio pessoal do empresário, alguns dos quais serão abordados no transcorrer do presente capítulo.

3.1. Sociedade fictícia

Inicialmente, há que se voltar a atenção para a sociedade fictícia. Embora, aparentemente, do ponto de vista legal, essa figura não se enquadre como uma das possíveis formas de limitação dos riscos no exercício individual de atividade empresarial, porquanto constituída em desacordo com a legislação vigente, é expediente

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

¹⁵⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 11.

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 11.

largamente utilizado em nosso país para a proteção do patrimônio pessoal dos empreendedores na realidade negocial¹⁵⁷.

Essa prática, no entanto, encerra questionamentos os mais variados e entendimentos bastante controversos, principalmente quanto à sua validade, motivos por que merece tomar parte nesse estudo.

Na constituição desse tipo de sociedade, encontram-se, geralmente, um sócio controlador, detentor da quase totalidade das quotas ou ações, e um sócio presta-nome, com participação reduzidíssima, colocado apenas com a função de suprir, de forma artificial, a pluralidade de sócios¹⁵⁸. Nesse sentido, sobre a formação de tais sociedades, leciona Bruscatto¹⁵⁹:

O fato ocorre quando o empresário – na realidade, individual – deseja obter o benefício da limitação da responsabilidade, salvaguardando seu patrimônio pessoal, mas não necessita, em verdade, somar aos seus, esforços e recursos de outrem, que apenas figura no contrato social para que possa existir um contrato, atendendo ao requisito da pluripessoalidade.

Ainda, acompanhando a mesma linha de raciocínio, destaca-se Hentz, o qual define as sociedades fictícias em razão da presença de um sócio majoritário, empresário individual que deseja limitar a sua responsabilidade, e outros que apenas figuram no contrato como homens de palha, sem interesse genuíno no desenvolvimento da sociedade¹⁶⁰, conforme escreve¹⁶¹:

Caracterizam-se as sociedades fictícias pela existência de um “sócio”, o empresário, e outro ou outros que apenas cedem o nome para integrar o quadro social. O que o empresário deseja e alcança é a limitação da sua responsabilidade patrimonial pelas dívidas provenientes da atividade empresarial. [...]

Nessa toada, sobre a configuração das sociedades de favor, manifesta-se Romano Cristiano¹⁶²:

Aparecem, às vezes, sociedades por quotas de responsabilidade limitada assim compostas: sócio A com 98 % do capital social, sócio B com 1 %,

¹⁵⁷ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 64-65.

¹⁵⁸ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Notas sobre as sociedades fictícias ou de favor**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 134, p. 85-95, abril/jun.2004. p. 84.

¹⁵⁹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 232.

¹⁶⁰ HENTZ, op. cit., p. 66.

¹⁶¹ Ibid, p. 173.

¹⁶² CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 141.

sócio C com 1 %; gerência atribuída apenas ao sócio A; deliberações por maioria de capital. Não há dúvidas de que na prática o sócio A é um empresário individual com responsabilidade limitada.

Em relação à caracterização jurídica das sociedades fictícias, conforme relata Tania Negri Paschoal¹⁶³, havia doutrinadores com entendimento de que se tratava de negócio simulado, sendo que para eles existia “um conflito entre a vontade declarada e a real, dissimulando, o ato, a criação de um patrimônio separado, entendendo alguns autores que a simulação deva ser tolerada porque inocente”.

Nesse aspecto, Hentz, ao lume do Código Civil de 1916, reconhecia que tais sociedades eram originadas mediante simulação. Contudo, para o autor, elas produziam os efeitos jurídicos comuns a uma sociedade, não sendo, *a priori*, inválidas, doutrinando, o autor, no seguinte sentido¹⁶⁴:

[...] A fim de evitar a responsabilidade ilimitada, trata-se de criar sociedades fictícias, mediante simulação, o que, também no direito brasileiro não as torna inválidas senão quando houver intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei [...].

Também de acordo com Paschoal¹⁶⁵, existia outra corrente que defendia que, em realidade, a referida situação se conformava como negócio indireto, não havendo simulação, pois a “participação na sociedade é querido em todos os seus efeitos, mas a motivação das partes dirige-se a um fim que não coincide com o fim típico da figura negocial”.

Nesse diapasão, consoante a disciplina do CC de 1916, Calixto Salomão Filho¹⁶⁶, expunha que, em razão do impedimento à constituição de sociedade unipessoal, seria válida a utilização dessa figura para o atingimento da separação patrimonial. Alertava, porém, o autor, para a existência de um grande entrave nessa forma de constituição: a possibilidade de aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, pelo reconhecimento judicial da existência de simulação no ato, sob o argumento da falta de verdadeira intenção de se formar um vínculo societário¹⁶⁷.

No entanto, Salomão Filho afastava a sociedade fictícia da condição de negócio simulado, baseando-se no entendimento de que tal situação não se acomodava em

¹⁶³ PASCHOAL, Tania Negri. **Sociedades Unipessoais**. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 287, p. 147-157, jul. /set. 1984. p. 148.

¹⁶⁴ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 173.

¹⁶⁵ PASCHOAL, op. cit., p. 148-149.

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 109.

¹⁶⁷ Ibid, p. 111.

nenhuma das hipóteses de simulação previstas no CC de 1916¹⁶⁸. Nesse sentido, o autor esposava o entendimento de que tal caso se tratava de negócio indireto, uma vez que as partes realmente desejavam aquilo que contratavam¹⁶⁹:

[...] Como destaca Ascarelli, a característica do negócio indireto é que nele, diferentemente do negócio simulado, as partes querem efetivamente o negócio que realizam e suas consequências jurídicas. É o que ocorre na hipótese aventada. As partes pretendem efetivamente constituir uma sociedade com a presença de dois sócios. Não se pode presumir a não-seriedade das intenções do “homem-de-palha”, sobretudo porque a assunção da posição de Strohmman corresponde a atribuição da qualidade de sócio e das consequentes obrigações.

Assim, prosseguia Salomão Filho esclarecendo que, a par disso, nesse tipo de negócio, especialmente, os contratantes buscavam, com o acordo, alcançar também um resultado prático além do ordinário, isto é, “com esse complexo de atos e intenções, busca-se um terceiro efeito, qual seja, a separação patrimonial através da forma societária”¹⁷⁰.

Dessa forma, segundo concluía o autor, a utilização de homens de palha “só gerará consequências jurídicas caso seja qualificada pela utilização da sociedade em proveito do sócio único ou em outros casos específicos de desconsideração da personalidade jurídica [...]”¹⁷¹.

Nessa esteira, também com fundamento na teoria do negócio jurídico indireto, há a opinião de Waldírio Bulgarelli, que defendia a utilização das sociedades aparentes, chamadas, por ele, de “sociedades etiquetas”, como meio jurídico suficiente para a limitação da responsabilidade do exercente individual de empresa¹⁷²:

Entendido esse contrato societário em relação à causa, como daqueles denominados por Tulio Ascarelli de negócio jurídico indireto em que não há intenção de fraudar nem mesmo simulação, não vemos razão maior para as constantes investidas contra essa situação, que não prejudica os credores, já que a sociedade, dessa maneira constituída, ostenta a sua condição de responsabilidade limitada dos sócios, portanto, não os enganando.

Com efeito, completava o autor, aduzindo que, havendo o emprego da sociedade fictícia para fraude contra terceiros, seriam utilizados os mesmos remédios de direito cabíveis em qualquer hipótese em que a forma societária servisse a esse fim ilícito¹⁷³:

¹⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 112.

¹⁶⁹ Ibid, p. 111.

¹⁷⁰ Ibid, p. 111.

¹⁷¹ Ibid, p. 113.

¹⁷² BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 416.

¹⁷³ Ibid, p. 416.

[...] E em caso de fraude intencional ou não, sempre haverá o recurso à aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica [...] ou a penhora das cotas para atender aos credores particulares.

Essa também é a orientação seguida por José Inácio F. de A. Prado Filho, que sustenta, na configuração de negócio indireto, a legalidade das sociedades aparentes como forma de se atingir, mesmo que temporariamente, o fim perseguido¹⁷⁴:

[...] a constituição das sociedades fictícias representa hipótese de negócio indireto. E hipótese lícita, uma vez que não existe, em nosso ordenamento, nenhuma proibição de resultado no tocante à segregação patrimonial ou limitação de risco do empresário individual. A questão coloca-se como pura e simples ausência de meios diretos para obter tais resultados, que o negócio indireto vem a suprir temporariamente, até que o legislador digne-se a tratar do assunto.

Já, em oposição a tal entendimento, Bruscatto¹⁷⁵ assevera que, dentro de tais “parâmetros, a sociedade aparente pode ser vista como fraude e não deveria surtir efeitos, considerando-se os sócios como comerciantes irregulares sujeitos a todas as desvantagens que disso advêm”. Ainda, paralelamente a isso, baseando-se na existência de confusão patrimonial em tais situações, a autora opina a favor da desconconsideração da personalidade jurídica, conforme se observa¹⁷⁶:

[...] O próprio legislador civil reconhece, tacitamente, a existência de sociedades aparentes. No artigo 50 do Código Civil está que a personalidade jurídica será desconconsiderada para atingir-se os bens dos sócios em caso de abuso. Tal abuso é configurado em duas circunstâncias: o desvio de finalidade, ou seja, negócios que se distanciem do objeto social, e a confusão patrimonial. [...] Essa confusão ocorre na prática, nas sociedades aparentes. E, se o legislador não reconhecesse esse fato, não teria feito tal previsão. [...].

Encontram-se decisões judiciais que, nesse norte, enxergando a sociedade como fictícia, fundamentam a desconconsideração da personalidade apenas com base na discrepância da distribuição do capital social; nesse sentido¹⁷⁷:

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.
SOCIO GERENTE POSSUIDOR DE 99,8% DO CAPITAL SOCIAL.
EXECUCAO FISCAL. PRESCRICAO. EMBORA LONGA DEMORA NA
CITACAO DA FIRMA RE, NAO SE CONSUMA A PRESCRICAO SE O
ESTADO EXEQUENTE NAO CONCORREU PARA O ATRASO COM

¹⁷⁴ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Notas sobre as sociedades fictícias ou de favor**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 134, p. 85-95, abril/jun.2004. p. 94.

¹⁷⁵ BRUSCATTO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 233-234.

¹⁷⁶ Ibid, p. 234-235.

¹⁷⁷ Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=584036800&num_processo=584036800&codEmenta=239377&temIntTeor=false > Acesso em: 10 jun. 2013.

CULPA OU NEGLIGENCIA ALGUMA, DEVENDO-SE O RETARDAMENTO, INOBTANTE AS MUITAS PETICOES DO CREDOR, AO SERVICO CARTORIAL DEFICIENTE E AS PROPRIAS CIRCUNSTANCIAS DO CASO CONCRETO. SOCIEDADE REALMENTE FICTICIA, EM QUE O SOCIO GERENTE E DONO DE 99,8% DO CAPITAL SOCIAL. A PROPOSICAO DE QUE A PESSOA DA SOCIEDADE NAO SE CONFUNDE COM A DO SOCIO E UM PRINCIPIO JURIDICO FUNDAMENTAL, MAS NAO UM TABU, E MERECE SER DESCONSIDERADA QUANDO A "SOCIEDADE" E APENAS UM "ALTER EGO" DE SEU CONTROLADOR, EM VERDADE NEGOCIANTE EM NOME INDIVIDUAL. PRECEDENTE DA APELACAO CIVEL N-583018577, DA PRIMEIRA CAMARA CIVEL. EMBARGOS REJEITADOS. APELACAO DO ESTADO PROVIDA.

(Apelação Cível Nº 584036800, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julgado em 14/05/1985).

Todavia, o posicionamento doutrinário dominante consiste no entendimento de que, pela utilização de tais sociedades para se obter a separação patrimonial daquele que exerce individualmente empresa, a princípio, não se viola a norma vigente, conforme escreve Fábio Ulhoa Coelho¹⁷⁸:

De fato, como não há, na lei, percentual mínimo para a participação do sócio, o empreendedor que dispõe, sozinho, dos recursos necessários à implantação da empresa, e deseja beneficiar-se da limitação da responsabilidade, decorrente da personalização da sociedade limitada, pode constituí-la com um irmão ou um amigo, a quem reserva uma reduzidíssima participação. O empreendedor, por exemplo, subscreve 99,99% do capital social e seu sócio 0,01%. A sociedade assim formatada atende ao pressuposto da pluralidade de sócios, mas, convenha-se, não apresenta nenhuma diferença, em termos econômicos, da figura da sociedade limitada constituída por um único sócio (ou do empresário individual de responsabilidade limitada).

Essa corrente é abraçada pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, já que a discrepância na distribuição das quotas societárias por si só não basta para que se proceda à superação da personalidade jurídica, sendo necessária a demonstração concreta de ocorrência das circunstâncias constantes do art. 50 do Código Civil de 2002; assim¹⁷⁹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. CHEQUES. INTERLOCUTÓRIA QUE NEGA O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE. MEDIDA EXCEPCIONAL E QUE NECESSITA DA COMPROVAÇÃO DO DESVIO DE FINALIDADE OU DE FRAUDE. PRESSUPOSTOS NÃO VERIFICADOS NO CASO CONCRETO. ENCERRAMENTO IRREGULAR DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO É CAPAZ DE CONFIGURAR A FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. EXEGESE DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. HIGIDEZ DO

¹⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 2 v. p. 387-388.

¹⁷⁹ Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPRO C&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120385118>> Acesso em: 11 jun. 2013.

DECISUM A QUO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato. O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios" [...] (REsp. n. 876974/SP, rela. Mina. Nancy Andrigli, j. 27-8-2007). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.038511-8, de Blumenau, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 25-09-2012).

3.2. Sociedade unipessoal

Em linhas gerais, a sociedade, consoante entendimento majoritário da doutrina, tem sua gênese no acordo de vontades¹⁸⁰, isto é, pela manifestação de duas ou mais pessoas de sua intenção em conjugar esforços e bens para a realização de um objetivo comum¹⁸¹.

Dessa definição inaugural, decorre o conceito de sociedade empresária, entendida como sendo a pessoa jurídica dedicada ao exercício direto da empresa com o fim de lucro. Nesse sentido, registra Bruscatto¹⁸²:

Quando duas ou mais pessoas congregam capital e trabalho para o empreendimento de atividade empresarial, constituem uma sociedade empresária. Este conceito singelo é retirado dos parâmetros dados em lei (art. 981, CC). Deste modo, em nossos dias, a sociedade mercantil, comercial ou empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de natureza privada que tem por objeto a exploração de atividade empresarial em busca de lucro.

Na mesma direção, expõe Fran Martins¹⁸³:

Denomina-se sociedade empresária a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim lucrativo. A sociedade pode advir de contrato ou de ato correspondente; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Conforme se apreende a partir dessas lições, a doutrina clássica, com fundamento na teoria contratualista, adota a orientação de que existem certos elementos

¹⁸⁰ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 171.

¹⁸¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 427.

¹⁸² BRUSCATTO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 209.

¹⁸³ MARTINS, op. cit., p. 169.

que são indispensáveis à constituição de uma sociedade, entre os quais a pluralidade de membros. Assim, Bruscato escreve¹⁸⁴:

Outro elemento, que decorre do próprio conceito da sociedade, é a pluralidade de membros. Para que haja sociedade, é da sua essência que exista a reunião de várias pessoas – duas ou mais – para realização de objetivo comum, o que dá origem a uma pessoa diversa da de seus membros.

Percebe-se, portanto, que, ao ser deduzida pura e simplesmente do conceito tradicional de sociedade-contrato, resta vedada a formação da sociedade unipessoal¹⁸⁵, ou seja, a “que se constitui com um único sócio ou aquela que assim se caracteriza em decorrência da concentração de todas as participação nas mãos de um único titular”¹⁸⁶.

Nesse sentido, o comentário de José Lamartine Correa de Oliveira, citado por Lynch, refere ser esse o posicionamento historicamente adotado pela doutrina¹⁸⁷:

“[...] nossa doutrina sempre se orientou no sentido da inadmissibilidade da sociedade unipessoal, quer originária, quer superveniente, no campo das sociedades de pessoas, atendendo-se a uma dúplici fundamentação: o caráter contratual do ato jurídico de constituição e a fundamental rejeição, por nosso sistema jurídico, da possibilidade de existência de empresários individuais atuando com limitação de responsabilidade. Este último argumento é fundamental, para a doutrina dominante, no caso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada considerada sociedade de pessoas”.

No entanto, a orientação que protesta pela inviabilidade dessa figura técnico-jurídica¹⁸⁸ não é mais absoluta. Nesse diapasão, Requião observa que, no direito estrangeiro, já há utilização dessas sociedades constituídas com único sócio e que isso vem se difundindo por um número cada vez maior legislações¹⁸⁹:

Antes, convém acentuar que não é mais incontroverso o princípio de que a sociedade comercial deve constituir-se necessariamente no mínimo de duas pessoas. Teorias modernas, que se refletem em legislações positivas, como a do Principado de Liechtenstein, ou de legislações em vários Estados norte-americanos, introduzidas também em outras legislações, começam a admitir a possibilidade de sociedades unipessoais, isto é, sociedades constituídas de um sócio apenas. [...]

¹⁸⁴ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 212-213.

¹⁸⁵ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 174.

¹⁸⁶ LYNCH, Maria Antonieta. **As empresas societárias e a limitação patrimonial**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.11, n.41, p. 133-151, jan./mar.2010. p. 134.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 560 e ss. apud LYNCH, Maria Antonieta. **As empresas societárias e a limitação patrimonial**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.11, n.41, p. 133-151, jan./mar.2010. p. 139.

¹⁸⁸ LYNCH, op. cit., p. 135.

¹⁸⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 428.

Também Fran Martins, verificando essa nova possibilidade de formatação social, assinala que, no direito francês, a definição de sociedade havia sido fundamentalmente modificada, autorizando-se a partir de então a constituição de sociedades unipessoais¹⁹⁰:

Dispondo sobre as sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada, o legislador francês, por Lei nº 85.697 de 11 de julho de 1985, permitiu que essas sociedades se constituíssem pela vontade de uma só pessoa, para tanto alterando a redação do art. 1.832 do Código Civil, que dá o conceito geral de sociedade, para permitir a chamada “Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada” (EURL), ou seja, a sociedade de responsabilidade limitada com um só sócio. [...].

Nesse aspecto também se norteia Hentz, manifestando entendimento de que a indispensabilidade de, no mínimo, duas partes para a formação do contrato social estaria vencida “pelo entendimento atual acerca da natureza jurídica do contrato social”¹⁹¹.

Assim, no que tange ao ato constitutivo das sociedades e às consequências que defluem de cada teoria que o explica, encontram-se distintos posicionamentos em relação à unipessoalidade.

Inicialmente, traz-se à baila o ensinamento de Sérgio Campinho, que, doutrinando favoravelmente à sociedade unipessoal e às legislações que a positivaram, entende que essa nova construção abandona a tradicional tipologia contratual para se filiar ao entendimento da sociedade como instituição, aduzindo que “a sociedade de uma única pessoa não deixa de ser sociedade”¹⁹².

Seguindo a mesma direção, Fran Martins alude que a modificação da legislação francesa implica a consagração da “sociedade não mais como apenas um *contrato* mas como uma *instituição*”¹⁹³. E, reforçando o seu posicionamento, ao tratar das sociedades de capital, assevera que o seu ato constitutivo não se caracteriza como um contrato, mas como ato institucional¹⁹⁴:

[...] Em geral, diz-se que a sociedade comercial resulta de um contrato de duas ou mais pessoas, o que não é verdade, por exemplo, nas sociedades anônimas em que falta a característica de contrato entre os subscritores do capital. Ademais, como veremos adiante, ao ser estudada a sociedade por quotas, a tendência atual é a da criação dessas sociedades por uma só pessoa, o que fez com que o legislador francês modificasse o conceito de sociedade dado pelo art. 1.832 do Código Civil daquele país que pela nova redação

¹⁹⁰ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 169-170.

¹⁹¹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 175.

¹⁹² CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

¹⁹³ MARTINS, op. cit., p. 170.

¹⁹⁴ Ibid, p. 172.

declara poder a sociedade ser criada por ato unilateral da vontade de uma só pessoa [...].

Rubens Requião, contrariamente à teoria da instituição, adota a teoria pluricontratuista, sustentando que o direito brasileiro não concebe a formação da sociedade por outro instrumento que não seja o contrato, de modo que não haveria prejuízo à continuação da sociedade “em caso de morte de sócio, incapacidade, retirada ou exclusão, no caso de pedido unilateral de dissolução, desfazendo o vínculo contratual do sócio que se afasta”, desde que permanecessem “mais de dois elementos”¹⁹⁵.

Também Hentz, do mesmo modo que Requião, esteia-se na doutrina do contrato plurilateral em desfavor da teoria institucionalista. No entanto, aquele pugna por consequências diametralmente opostas às que este defende, ao considerar que a sociedade pode ser formada por só uma pessoa, mantendo-se de acordo com as características do contrato plurilateral¹⁹⁶:

Entendemos, outrossim, que a circunstancia de se ter, no contrato de sociedade, apenas uma pessoa, não se lhe está retirando o traço típico da plurilateralidade, que é o fato de estar aberto ao ingresso de novos sócios. No nosso entender, pois, inexistente impedimento de ordem doutrinária ao contrato social de único sócio – com a evidente ressalva de que o ato constitutivo seja feito por escritura pública e que a unipessoalidade não implique em restrição da responsabilidade do seu único integrante.

É fato que tais desdobramentos doutrinários implicaram, no Brasil, em alterações na ordem jurídica. Inicialmente, destaca-se a introdução no direito pátrio da sociedade subsidiária integral, conforme assinala Requião¹⁹⁷:

O sistema de sociedades brasileiro sofreu, entretanto, nesse particular, uma brusca alteração, ao se consentir a constituição de sociedade anônima de um sócio apenas. A Lei das Sociedades por Ações admitiu e regulou a chamada subsidiária integral, constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (art. 251 da Lei nº 6.404, de 15-12-1976).

Hentz, no entanto, tratando do assunto, afirma que, “no Brasil – ao contrário da Itália, da Alemanha e de Portugal – não se admite a sociedade unipessoal *ab initio*. Vale dizer, não se admite a constituição de sociedade unipessoal”¹⁹⁸. Nota-se que o autor não apreende a subsidiária integral como verdadeira sociedade unipessoal, entendendo que,

¹⁹⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v. p. 434.

¹⁹⁶ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 176.

¹⁹⁷ REQUIÃO, op. cit., p. 428.

¹⁹⁸ HENTZ op. cit., p. 177.

na prática, essa figura se constitui como um estabelecimento da única sócia controladora.

Romano, por outro lado, expõe a percepção de que a disciplina legislativa dada à subsidiária integral consiste na positivação da unipessoalidade, mas se posiciona veementemente em choque com a figura, por considerá-la uma anomalia jurídica, ao afirmar que¹⁹⁹:

Em primeiro lugar, a subsidiária integral é uma sociedade anônima (a lei usa um sinônimo, a palavra "companhia"), porém tem um só acionista. Ora, a "sociedade de um só sócio" não tem sentido, é um verdadeiro absurdo; é - conforme já ressaltamos - uma aberração jurídica que deveria ser banida, para sempre, quer na legislação quer das discussões doutrinárias.

Há, ainda, aqueles que enxergam nela a superação da exigência da pluripessoalidade, “a única exceção à regra de que as sociedades empresariais devem ser constituídas *ab initio* por no mínimo duas pessoas”²⁰⁰. Segue essa linha também Carla C. Marshall, conforme aduz²⁰¹:

Ressalte-se, todavia, que a sua ocorrência no tempo é que poderá variar, pois a mesma poderá ser originariamente unipessoal, como é o caso acolhido por diversos países, sendo que a experiência brasileira ocorre com a “subsidiária integral” (art. 251. Lei 6.404/76), que é exemplo típico nacional.

Nada obstante se apresente como antecedente que sinaliza as transformações que vêm se seguindo na doutrina e na legislação referentes às sociedades, certo é que ela não serve ao empresário individual para a limitação de sua responsabilidade²⁰², visto que a autorização legal para que seja constituída sociedade com um único acionista é restrita às sociedades brasileiras.

Há que se falar, ainda, da unipessoalidade transitória. Essa situação, conquanto também represente relativização ao mínimo de dois sócios para a existência de sociedade, não atende às necessidades do presente trabalho, conforme expõe Campinho²⁰³:

¹⁹⁹ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 177.

²⁰⁰ CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, nº 9, jun./jul. 2006. p. 69.

²⁰¹ MARSHALL, Carla C. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 34.

²⁰² HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 177.

²⁰³ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.

As sociedades unipessoais temporárias (Código Civil, artigo 1.033, IV e Lei nº 6.404/76, artigo 206, I, d) não emergem como uma exceção, porquanto em não sendo reconstituído número mínimo legal de dois sócios no prazo previsto em lei, a sociedade estará dissolvida de pleno direito. A sobrevida que se concede à pessoa jurídica tem inspiração na preservação da empresa por ela desenvolvida.

Nesse sentido, importa destacar que o cerne do presente trabalho está refletido na limitação da responsabilidade do exercente individual de atividade comercial, com a separação entre o patrimônio pessoal e o dedicado à sua atividade²⁰⁴. Na mesma direção, segue, em 1989, a Décima Segunda Diretiva da Comunidade Econômica Europeia, hoje União Europeia²⁰⁵:

“Considerando-se que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados-Membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa.”

Neste aspecto, verifica-se que a sociedade unipessoal não se trata de novo tipo social, pois se constituiria como sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou sociedade anônima, aplicando-se todas as disposições do regime societário nas relações externas, havendo algumas modificações apenas nas disposições internas, em vista da inexistência de pluralidade²⁰⁶.

3.3. Patrimônio de afetação

Dispensando-se o uso da personalidade jurídica²⁰⁷, pode-se realizar a limitação da responsabilidade do empresário individual por meio do patrimônio de afetação. Previamente à sua abordagem, no entanto, é imprescindível a análise de aspectos introdutórios do tema.

Nesse sentido, inicia-se o tratamento da matéria a partir da conceituação de patrimônio, que pode ser entendido como “o conjunto de bens, direitos e obrigações

²⁰⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 135.

²⁰⁵ MARSHALL, Carla C. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 53.

²⁰⁶ LYNCH, Maria Antonieta. **As empresas societárias e a limitação patrimonial**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.11, n.41, p. 133-151, jan./mar.2010. p 137.

²⁰⁷ LYNCH, Maria Antonieta. **O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.148, p. 100-139, out./dez.2007. p. 101

com expressão econômica”²⁰⁸. Bruscato, na mesma direção, porém ampliando o exposto, alude²⁰⁹:

O patrimônio é tido como o conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa, passíveis de apreciação econômica, reunindo os créditos, débitos, todas as relações jurídicas de valor pecuniário, os direitos reais e os direitos de crédito ou obrigacionais de uma pessoa.

Em relação à sua natureza jurídica, o patrimônio se classifica, de acordo com o art. 91 do Código Civil, dentre as universalidades de direito, “já que constituído de uma pluralidade de bens, coisas e relações jurídicas, que mantêm sua autonomia, cuja unificação se dá em virtude da vontade do titular, em primeiro lugar, e do reconhecimento legal.”²¹⁰

Nota-se, dessa forma, que a principal ligação entre os bens, coisas e relações jurídicas se dá em razão de sua titularidade²¹¹. Assim, havia teorias sobre o patrimônio que, baseadas em ideias individualistas, defendiam que ele emanava da personalidade, não podendo ser separado da pessoa²¹², submetendo-se, portanto, à regra da unicidade²¹³.

Com o desenvolvimento da questão, notadamente, a evolução do que se entende por patrimônio²¹⁴, afasta-se a regra de indivisibilidade até então vigente. A partir desse entendimento, restou validada “a possibilidade de formas não-personalizadas de patrimônio especial, adotando, portanto, a teoria objetiva, o que implica a viabilidade da separação de uma massa patrimonial reservada para o desenvolvimento de uma atividade empresarial”²¹⁵.

Nesse sentido, tem-se o ministério de Pontes de Miranda²¹⁶:

[...] “todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos, isso não quer dizer que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais [...]; só a lei pode separar patrimônios”.

²⁰⁸ LYNCH, Maria Antonieta. **O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.148, p. 100-139, out./dez.2007. p. 101.

²⁰⁹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 163.

²¹⁰ Ibid, p. 163.

²¹¹ Ibid, p. 164.

²¹² Ibid. p. 164.

²¹³ LYNCH, op. cit., p. 102.

²¹⁴ BRUSCATO, op. cit., p. 165.

²¹⁵ LYNCH, op. cit., p. 103.

²¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 1999, 5 v, 1 t. p. 368.

Também Sylvio Marcondes Machado, nessa esteira, reconhece a validade da solução, afirmando não possuir amparo a corrente que defende a unicidade do patrimônio²¹⁷:

[...] Refutada, entretanto, a doutrina da unicidade do patrimônio e reconhecida a sua divisibilidade pelo legislador, este admite a existência de determinadas universalidades jurídicas subordinadas ao poder de um mesmo sujeito de direito.

Contudo, percebe-se que a especialização de um patrimônio, nada obstante não encontre empecilhos na doutrina atual, só pode ser realizada após o reconhecimento legal²¹⁸.

Ante todo o exposto, o patrimônio de afetação se apresenta como “o conjunto de bens, direitos e obrigações economicamente mensuráveis reservados para uma finalidade específica, ficando os bens que o compõem destacados do patrimônio do sujeito para cumprir a destinação para a qual foram individualizados”²¹⁹.

O empresário, dessa forma, para o exercício da empresa, vale-se de um núcleo patrimonial com finalidade específica, o qual, embora destacado, permanece dentro do seu patrimônio geral²²⁰. Portanto, não se verifica, no caso, “transferência de titularidade de bens, nem uma cisão patrimonial e, muito menos, a criação de um novo patrimônio”²²¹.

Assim, por meio dessa forma de limitação da responsabilidade, “o empresário escolheria uma parte dos bens que compõem a totalidade de seu patrimônio [...], de forma que a responsabilidade pelas obrigações contraídas na atividade econômica desenvolvida ficaria vinculada àquela parte do patrimônio que fora separada”²²². No mesmo caminho, aduz Bruscato²²³:

Desse modo, com a separação patrimonial, sobrepõem-se dívida e responsabilidade, de modo que apenas um conjunto pré-estabelecido de bens responda por dívidas contraídas por determinado sujeito. Por isso se pode

²¹⁷ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 281-282.

²¹⁸ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 166.

²¹⁹ LYNCH, Maria Antonieta. **O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.148, p. 100-139, out./dez.2007. p. 104.

²²⁰ Ibid, p. 108.

²²¹ Ibid, p. 105.

²²² Ibid, p. 103.

²²³ BRUSCATO, op. cit., p. 170.

falar em obrigações do patrimônio especial, muito embora, tecnicamente, a rigor, o devedor, obrigado e sujeito passivo nas ações de cobrança, seja o titular do patrimônio reservado. [...]

Ademais, a autora complementa que a criação de um patrimônio de afetação demanda que sejam respeitadas algumas exigências²²⁴:

[...] Assim, é preciso que os bens destinados à exploração empresarial sejam livres de ônus, que o empresário responda por eventual discrepância de valor estimado, que a finalidade esteja fixada e dela ele não se afaste, que, no momento da instituição, inexistam dívidas ou que o patrimônio livre restante seja suficiente para suportá-las. Além disso, o requisito da publicidade é essencial, o que se cumpre com o registro na Junta Comercial.

Além disso, não se pode esquecer a possibilidade de utilização desvirtuada do instituto, como ocorre na confusão patrimonial. Nessas hipóteses, a limitação deve ser superada, uma vez “que a separação patrimonial não é absoluta, porque o patrimônio pessoal, integrante do patrimônio geral do empresário, pode responder por dívidas oriundas da atividade profissional, em caso de responsabilização”²²⁵. Em consonância com o exposto, pugnando pela utilização, *mutatis mutandis*, da teoria da superação da personalidade jurídica ao caso, escreve Cinira Gomes Lima Melo²²⁶:

Os que entendem pela impossibilidade da divisibilidade do patrimônio trazem como principal argumento o seu caráter potencialmente fraudulento, na medida em que, estando os dois patrimônios nas mãos de um único titular, maior seria a possibilidade de confusão patrimonial. Esse argumento não se sustenta, na medida em que, já existe remédio jurídico destinado ao combate da confusão patrimonial, a desconsideração da personalidade jurídica, prevista em nosso ordenamento jurídico no Código Civil Brasileiro, artigo 50. Esse instituto poderia muito bem ser aplicado ao caso em estudo.

Assim, baseando-se na existência de uma pessoa física, titular de uma firma individual, e de dois patrimônios incomunicáveis, sendo um deles afetado à atividade empresarial, há autores que entendem ser essa a melhor estrutura para se implementar, de forma segura, a limitação da responsabilidade do empresário individual²²⁷.

²²⁴ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 180.

²²⁵ Ibid, p. 274.

²²⁶ MELO, Cinira Gomes Lima. **A limitacao da responsabilidade do empresario individual**. Fmu direito Revista do Curso de Direito do Centro Universitario das Faculdades Metropolitanas Unidas. Sao Paulo, v. 20, n. 28, p.113-125, 2006. p. 120.

²²⁷ LYNCH, Maria Antonieta. O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.148, p. 100-139, out./dez.2007. p. 108.

3.4. Estabelecimento individual de responsabilidade limitada

O E.I.R.L., outra estruturação sempre lembrada pela doutrina como possível ao exercente individual de empresa para a limitação dos riscos de sua atividade, já se encontra positivado, porém, apenas no direito português. Ele foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 248, datado de 25 de agosto de 1986²²⁸, sendo a preferência do legislador lusitano para por fim às sociedades de aparentes²²⁹, sem, no entanto, desvincular-se da corrente que vê a sociedade na acepção de contrato²³⁰.

Essa figura, decorrente da concepção objetivista²³¹, constitui-se a partir de um núcleo patrimonial subjetivado, especificamente a subjetivação do fundo de comércio²³². Nesse sentido, ocorre a afetação de parcela do patrimônio do titular do estabelecimento para a formação do capital social deste²³³.

Na regulamentação do instituto, estabeleceu-se a possibilidade de criação do E.I.R.L. por qualquer “pessoa natural que exerça ou pretenda exercer uma atividade comercial”²³⁴, ficando, assim, vedado este regime às pessoas jurídicas²³⁵.

Ressalta-se, também, a proibição de que um mesmo E.I.R.L. seja titularizado por mais de um indivíduo²³⁶, bem como restou defesa a constituição de mais de um estabelecimento com responsabilidade limitada por pessoa física²³⁷.

O legislador português definiu que o E.I.R.L. possuirá firma empresarial formada pelo nome do titular²³⁸ e que todas as suas obrigações o acompanham no

²²⁸ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 251.

²²⁹ Ibid, p. 251.

²³⁰ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

²³¹ BRUSCATO, op. cit., p. 266.

²³² Ibid, p. 266.

²³³ CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, nº 9, jun./jul. 2006. p. 71.

²³⁴ CAMPINHO, op. cit., p. 136.

²³⁵ BRUSCATO, op. cit., p. 253.

²³⁶ CERVO, op. cit., p. 71.

²³⁷ BRUSCATO, op. cit., p. 250.

²³⁸ CERVO, op. cit., p. 71.

trespasse²³⁹, seja ele “gratuito ou oneroso, podendo ainda ser objeto de locação, usufruto e penhor”²⁴⁰.

No que tange à sua constituição, impõe-se que ela se dê por escritura pública, com o devido arquivamento no registro público de empresas mercantis, o qual “providenciará sua publicação no Diário da República”²⁴¹.

O E.I.R.L. necessita, para a sua criação, de um capital inicial mínimo, conforme escreve Bruscato²⁴²:

[...] É exigido um capital mínimo, que o parágrafo 2º do artigo 3º da lei fixou em quatrocentos mil escudos, o mesmo montante exigido para a criação de uma sociedade limitada. Dois terços do capital devem ser integralizados em dinheiro, no ato da constituição, através de depósito em instituição bancária, cuja utilização se condiciona a regular constituição do estabelecimento.

Em relação à responsabilidade do patrimônio afetado, fixou a lei que este só responde pelas obrigações “contraídas na exploração empresarial, embora possa responder por dívidas particulares do empreendedor constituídas antes da publicação do ato constitutivo do E.I.R.L.”²⁴³, nos casos em que os demais bens do titular forem insuficientes para o pagamento dos credores²⁴⁴.

Já em referência à falência do E.I.R.L., assevera Bruscato que o patrimônio do titular só responderá nas hipóteses em que seja verificada a ocorrência de confusão entre os patrimônios²⁴⁵:

O titular só responderá, pessoalmente, se, em caso de decretação da falência, ficar demonstrada confusão patrimonial entre os bens do titular e os de propriedade do E.I.R.L. Caso o titular não respeite a intangibilidade do capital do E.I.R.L., responderá com seu patrimônio até sua recomposição.

Em igual linha escreve Campinho²⁴⁶, ressaltando que incumbe aos credores a comprovação de que houve desrespeito ao princípio da separação patrimonial:

[...] Todavia, na hipótese de falência do titular por causa relacionada com a atividade exercida, o falido responde com todo o seu patrimônio pelas dívidas

²³⁹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 252.

²⁴⁰ CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, nº 9, jun./jul. 2006. p. 71.

²⁴¹ BRUSCATO, op. cit., p. 251.

²⁴² Ibid, p. 252.

²⁴³ Ibid, p. 252.

²⁴⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

²⁴⁵ BRUSCATO, op. cit., p. 252.

²⁴⁶ CAMPINHO, op. cit., p. 136.

contraídas nesse exercício, contanto que se prove que o princípio da separação patrimonial não foi devidamente observado na gestão do estabelecimento, ônus este que recais sobre os credores, nos termos do artigo 342, I do Código Civil Português. [...]

3.5. Empresa individual de responsabilidade limitada

Também sucedânea da ideia objetivista aludida anteriormente²⁴⁷, destaca-se, como figura autônoma, a ser incorporada de forma direta e explícita pela legislação²⁴⁸, a empresa individual de responsabilidade limitada.

Seguindo essa orientação, para o atingimento dos fins colimados se exige a personalização do instituto. Assim é que, no que se refere à sua natureza jurídica, afastando-se de uma estruturação societária²⁴⁹, ela se constituiria como um novo gênero de pessoa jurídica de direito privado, “que viria se somar às associações, às sociedades e às fundações”²⁵⁰.

Dessa forma, a empresa individual possuiria personalidade jurídica independente da de seu instituidor e, assim, estar-se-ia diante de dois sujeitos de direito, cada qual com o correspondente patrimônio²⁵¹. Portanto, em relação à responsabilidade pelo adimplemento de obrigações, Lynch²⁵² aduz que as obrigações originadas pela EIRELI devem ser por ela suportadas:

Temos, portanto, a autonomia para a EIRELI, que gera a separação da responsabilidade do empresário da responsabilidade da EIRELI, o que implica que, pelas dívidas da EIRELI, responde o patrimônio previamente determinado e destinado para o fim econômico quando da sua criação, de forma ilimitada; e pelas dívidas pessoais do empresário, responde exclusivamente aquela parte de sua fortuna particular que não foi vinculada à exploração da atividade econômica.

Essa doutrina, que prega a limitação dos riscos da atividade comercial aos bens da empresa personalizada, foi defendida, primeiramente, no ano de 1950, por Antônio

²⁴⁷ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 266.

²⁴⁸ LYNCH, Maria Antonieta. **O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.148, p. 100-139, out./dez.2007. p. 101.

²⁴⁹ Ibid, p. 102.

²⁵⁰ BRUSCATO, op. cit., p. 268.

²⁵¹ LYNCH, op. cit., 2007, p. 102.

²⁵² LYNCH, Maria Antonieta. **Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Privado, vol. 40, 2009. p. 219.

Martins Filho²⁵³, conforme já referido. Outro expoente dessa corrente, em 1977, foi o também citado Cristiano²⁵⁴:

[...] Atribuir-se-ia, assim, personalidade jurídica a uma universalidade de bens, materiais e imateriais, a uma universalidade de fato, que se transformaria, conseqüentemente, em universalidade de direito – conjunto de relações ativas e passivas.

Não seria, obviamente, uma aberração jurídica, porque teria base na lógica jurídica, na evolução histórica e na experiência prática atual.

Bruscato²⁵⁵, opondo-se a tal orientação, escreve que a sua introdução promoveria a modificação indesejável na estruturação das pessoas jurídicas de direito privado:

Para se personalizar a empresa, para torná-la sujeito de direito, entre nós, seria necessária a criação de um novo gênero de pessoa jurídica, já que não se trata de uma pessoa natural, nem de uma associação, nem de uma sociedade e, muito menos, de uma fundação. É nesse sentido que se afirmou, que faltaria à relação empresa, a juridicidade necessária para a capacidade de direito. [...] A subjetivação, portanto, da empresa, ensejaria modificação legislativa em área bastante delicada e se nos afigura totalmente dispensável.

Com efeito, há doutrinadores que entendem ter sido esse o instrumento legal adotado pelo legislador para superar a responsabilidade ilimitada no exercício individual de empresa. Em direção contrária, porém, há os que pregam ter sido instituída pela nova disciplina legal a sociedade limitada unipessoal.

Nesse diapasão é que, no decorrer do presente capítulo, procurou-se analisar a fundamentação, a estrutura e as principais características da empresa individual de responsabilidade limitada, bem como das demais possibilidades teóricas que se colocam ao seu lado, notadamente a sociedade unipessoal, patrimônio de afetação e estabelecimento individual, tudo como base teórica para, no último capítulo, dedicar-se à análise da matéria como restou positivada pela Lei nº 12.441/2011.

²⁵³ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 270.

²⁵⁴ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 149.

²⁵⁵ BRUSCATO, op. cit., p. 100-101.

4. EXERCÍCIO INDIVIDUAL DA EMPRESA: LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NA DISCIPLINA DA LEI 12.441/11

Depois de tantas discussões travadas no campo legislativo, e mais ainda no âmbito doutrinário, enfim, a limitação da responsabilidade pelo exercício individual de empresa foi introduzida no direito brasileiro. Neste diapasão emerge a EIRELI, disciplinada pela Lei nº 12.441,1 de 11 de julho de 2011, a qual passou a vigorar a partir de 09 de janeiro de 2012, decorridos os 180 dias de *vacatio legis*.

Com efeito, dá-se ênfase ao fato de que, entre os meses de janeiro a novembro do ano de 2012, no estado de Santa Catarina, conforme dados da Junta Comercial, essa nova figura já correspondeu a mais de 05,61% do total de empresas constituídas²⁵⁶:

Constituição de empresas por tipo jurídico (2012)							
X	RE	LTDA	S A	COOP	OUTROS	EIRELI	TOTAL
Jan.	585	1019	11	02	09	07	1626
Fev.	721	1134	10	04	02	47	1918
Mar.	818	1483	09	04	05	89	2408
Abr.	695	1186	03	03	03	118	2008
Mai.	772	1254	05	03	02	107	2143
Jun.	788	1318	10	02	02	138	2258
Jul.	767	1382	09	09	05	159	2331
Ago.	727	1323	11	08	02	145	2216
Set.	668	1183	12	01	04	139	2007
Out.	720	1262	10	02	03	213	2210
Nov.	643	1046	07	00	05	128	1829

Destarte, com motivação também na sua representativa utilização pelo mercado, restando estabelecido o quadro normativo da EIRELI, neste último capítulo, aprofunda-se o estudo desse novo instituto, objetivando lograr o esclarecimento, no mínimo, dos pontos principais da matéria.

²⁵⁶ Disponível em: < <http://www.jucesc.sc.gov.br/index.php/informacoes/estatisticas> > Acesso em: 11 jun. 2013.

4.1. Natureza jurídica da EIRELI

O debate relativo às disposições da Lei nº 12.441/2011 já se iniciou polêmico, com considerações concernentes à natureza jurídica da nova figura positivada. Nesse sentido, duas orientações surgiram: uma pretendendo a EIRELI como uma espécie de sociedade; outra que a entende como novo sujeito de direito, distinto de qualquer outro já existente.

A primeira corrente versa que, em realidade, a EIRELI introduz, na legislação nacional, a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada. Defendendo essa posição, Fábio Ulhoa Coelho²⁵⁷, baseado em interpretação sistemática do art. 980-A do CC, entende que, a despeito das imprecisões técnicas, a intenção do legislador ao disciplinar a EIRELI mirou a sociedade unipessoal:

[...] A lei define a EIRELI como uma espécie de pessoa jurídica, diferente da sociedade (art. 44, VI), e a disciplina num Título próprio (Título I-A do Livro II da Parte Especial), diverso do destinado às sociedades (Título II). Essas duas circunstâncias, isoladas, poderiam sugerir que, se a EIRELI não é espécie de sociedade, tampouco poderia ser uma espécie de limitada. Mas, ao disciplinar o instituto, o legislador valeu-se exclusivamente de conceitos do direito societário, como capital social, denominação social e quotas. Mais que isso, referiu-se à EIRELI como uma “modalidade societária” (art. 980-A, §3º) e submeteu-a ao mesmo regime jurídico da sociedade limitada (§6º).

No mesmo norte, Gladston Mamede²⁵⁸ expõe que o tratamento dispensado pelo inciso VI do art. 44 do CC não basta para que a EIRELI seja considerada uma nova categoria de pessoa jurídica, com natureza jurídica *sui generis*, ao lado das associações, sociedades e fundações. Para o autor, a inclusão da EIRELI no rol do referido art. 44 se explica unicamente em virtude de sua unipessoalidade, a exemplo de outras particularidades que, sem alterar essa estruturação ternária, haviam dado ensejo aos incisos IV e V do mesmo artigo.

Sérgio Campinho também não reconhece a citada figura como uma nova modalidade de pessoa jurídica, pois, para ele, tendo em vista a “racionalidade que se

²⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.: direito de empresa. p. 47.

²⁵⁸ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v 1: empresa e atuação empresarial. p. 98.

pode extrair dos preceitos da Lei nº 12.441/2011, a EIRELI é, em verdade, uma sociedade, mas uma sociedade unipessoal”.²⁵⁹

Graciano Pinheiro de Siqueira, ainda, sustentando a mesma orientação, funda-se na justificação apresentada pelo autor do projeto de lei que deu origem à lei nº 12.441/2011, na qual o deputado Marcos Montes mencionava expressamente se tratar de sociedade unipessoal²⁶⁰. Siqueira, além disso, encontra embasamento para a sua posição nas expressões utilizadas na referida norma, tais como, capital social, firma ou denominação social, patrimônio social²⁶¹.

Em sentido contrário se orienta Frederico Garcia Pinheiro, que, fazendo crítica à corrente que atribui à EIRELI a natureza de sociedade unipessoal, sustenta que a existência de sociedade está condicionada à pluralidade de sócios²⁶² e complementa sua posição afirmando, com base na literalidade da Lei nº 12.441/2011, que a EIRELI é, sim, nova modalidade de pessoa jurídica²⁶³:

A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresária. Ao contrário do que muitos podem imaginar, mas trata-se de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado, que também se destina ao exercício da empresa. Tanto que a Lei nº 12.441/2011 incluiu ‘as empresas individuais de responsabilidade limitada’ no rol de pessoas jurídicas de direito privado do art. 44 do Código Civil (inciso VI).

Pinheiro, além disso, fundamenta sua posição também no critério da localização do instituto, já que o legislador “ao inserir no Código Civil o art. 980-A, teve o cuidado de topograficamente criar um novo título”, intermediário aos “Títulos I e II, que tratam, respectivamente, do empresário individual e das sociedades empresárias”²⁶⁴.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto, defendendo que o legislador personalizou a empresa, manifesta-se no mesmo sentido de Pinheiro, e pelos mesmos fundamentos, isto é, abalizado na “opção legislativa de regulamentar o novel instituto em título

²⁵⁹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 284-285

²⁶⁰ SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. **Da empresa individual de responsabilidade limitada como modalidade de pessoa jurídica**. Boletim do Irib em Revista, São Paulo, n. 344/345, p. 64-67, mar. /maio 2012. p. 66.

²⁶¹ Ibid, p. 65.

²⁶² PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 65.

²⁶³ Ibid, p. 65.

²⁶⁴ Ibid, p. 65.

próprio do Código Civil (Título I-A, do Livro do Direito de Empresa) e pela inserção do inc. VI em seu art. 44”²⁶⁵.

Marlon Tomazette, também partidário da corrente que defende a personificação, assevera que “a opção legislativa brasileira não foi a das sociedades unipessoais, uma vez que a EIRELI é expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica”²⁶⁶. Esse também é o entendimento de Daniele de Lima de Oliveira²⁶⁷, Fernando A. de V. B. de Sales²⁶⁸ e Carlos Henrique Abrão²⁶⁹.

Destaca-se, ainda, no mesmo sentido, o posicionamento do Conselho da Justiça Federal, conforme enunciado de nº 3 da 1ª Jornada de Direito Comercial²⁷⁰: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária”. Do mesmo modo, os enunciados da V Jornada de Direito Civil reforçam esse entendimento, sendo o de nº 469: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personalizado”, e o de nº 472 versa que: “É inadequada a utilização da expressão ‘social’ para as empresas individuais de responsabilidade limitada”²⁷¹.

A par desses posicionamentos bastante controvertidos, há, no entanto, aparente unanimidade quanto ao entendimento de que a EIRELI, pessoa jurídica, não substitui o empresário individual, pessoa natural, nem com ele pode ser confundida²⁷², conforme aduz Gonçalves Neto²⁷³:

Também não se confunde a Eireli com a pessoa do empresário. Não bastasse ser aquela uma pessoa jurídica e este uma pessoa natural, tem-se que o empresário é o agente econômico titular de sua empresa individual, isto é, da

²⁶⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 157.

²⁶⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 54.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Daniele de Lima de. **Sociedade desinteressada - A nova figura da empresa individual perante a Lei**. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, São Paulo, n. 12, p. 32-33, dez. 2011.

²⁶⁸ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011 e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011.

²⁶⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12.

²⁷⁰ Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/Enunciados%20aprovados%20na%20Jornada%20de%20Direito%20Comercial.pdf> > Acesso em: 22 mai. 2013.

²⁷¹ Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf> > Acesso em: 22 mai. 2013.

²⁷² SALES, op. cit., p. 615.

²⁷³ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 164.

universalidade de bens que destina ao seu negócio, enquanto a Eireli é ela própria o agente econômico e única titular do patrimônio destinado ao exercício da atividade econômica determinada pelo seu objeto. [...]

Dessa forma, por todas as manifestações acima expostas, percebe-se que ainda não se desenvolveu corrente majoritária quanto à natureza jurídica do instituto, havendo fundamentações bastante defensáveis de ambos os lados, o que dificulta a tomada de posição. Entretanto, *data venia*, pode-se enumerar algumas das razões que inclinam a favor da corrente que caracteriza a EIRELI como nova figura diversa das sociedades: a) o Legislador expressamente introduziu a EIRELI como nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado, adicionando o inciso VI ao rol do art. 44 do CC; b) inaugurou um Título próprio para tratar da EIRELI (Título I-A do Livro II da Parte Especial), distinto daquele em que se cuida das disposições relativas às sociedades (Título II); c) o art. 981 do CC não foi atingido pela lei, mantendo-se inalterado o conceito de sociedade, bem como a exigência de pluralidade de pessoas para a sua constituição; d) remanesceu o inciso IV do art. 1.033 do CC, que determina a dissolução da sociedade caso a unipessoalidade continue por prazo superior a cento e oitenta dias; e) a modificação no parágrafo único do art. 1.033 do CC, introduzindo previsão de que, na falta de pluralidade de sócios, o sócio remanescente pode requerer a transformação do registro da sociedade em EIRELI; f) o disposto no §6º do art. 980-A do CC, em que há expressa menção de que à EIRELI se aplicam as normas previstas para as limitadas, o que significa que ela não é considerada, pelo Legislador, uma sociedade limitada.

4.2. Nomenclatura do instituto

Independente da natureza jurídica que lhe seja atribuída (sociedade ou novo ente jurídico personalizado), a EIRELI é sempre sujeito de direito, não sendo aceitável que seja tratada como objeto em nenhuma relação jurídica²⁷⁴. Sob essa óptica é que surgem críticas à nomenclatura, porque, da maneira que foi positivada, ela possui uma “imprecisão terminológica”²⁷⁵.

²⁷⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 164.

²⁷⁵ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011 e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011. p. 615

Conforme dito em capítulos anteriores, empresa é atividade, distinta do sujeito que a exerce (empresário), bem como dos bens organizados para o seu exercício (estabelecimento), de modo que, ao designar o sujeito com a expressão que indica a atividade exercida, o Legislador não o fez sem algum “prejuízo para a segurança jurídico-metodológica”²⁷⁶.

Ainda, deve ser esclarecido que a responsabilidade que a lei limita é a do instituidor da EIRELI, e não da própria pessoa jurídica, visto que ela se obriga com a totalidade do seu patrimônio²⁷⁷.

4.3. Forma de constituição e requisitos

O ato constitutivo da EIRELI deve respeitar os requisitos estabelecidos para a validade dos negócios jurídicos em geral, quais sejam, “seja praticado por agente capaz, que tenha finalidade lícita ou não vedada por lei e que observe a forma e o conteúdo mínimos legalmente previstos para produzir os efeitos desejados.”²⁷⁸. Nesse ponto, duas questões se destacam.

Inicialmente, há dúvida quanto às exigências a que se submeteria o titular da EIRELI, notadamente se a sua situação seria equivalente à do empresário individual ou do empreendedor²⁷⁹, assumindo maior relevância a questão da capacidade.

Nesse diapasão, há dois entendimentos. A primeira corrente, desfavorável à criação de EIRELI por quem não possua capacidade plena, entende que o seu instituidor está sujeito às mesmas condições que o empresário individual. Gonçalves Neto justifica sua posição sob o argumento de que a EIRELI não se desconecta de todo da pessoa que a gerou, havendo sempre uma confusão entre as vontades, ou seja, “ele e ela possuem uma só consciência e uma só voz”²⁸⁰. Em sintonia com essa posição, versa Abrão que o

²⁷⁶ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 66.

²⁷⁷ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011 e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011. p. 615

²⁷⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 163.

²⁷⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

²⁸⁰ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 164.

titular da nova figura deve respeitar os mesmos condicionantes feitos ao empresário individual²⁸¹:

A interpretação apenas do modelo empresarial poderia sugerir a dispensa de atributos do empreendedor, porém, na pluralidade de fatores incidentes na espécie, feita a padronização analógica, indelével se torna reconhecer as mesmas limitações inerentes ao comerciante [...].

Em sentido oposto, porém, Pinheiro²⁸² sustenta que, conquanto não possa ser empresário individual, o incapaz, desde que suprida sua incapacidade, “pode constituir EIRELI, pois esta é uma pessoa jurídica que necessita de ter um administrador, podendo ser indicado terceiros para exercer tal função”.

Esse também é o entendimento de Tomazette, ao referir que, “tomando-se a sociedade limitada como parâmetro, à luz do artigo 974, §3º do CC, o incapaz poderá ser titular da EIRELI desde que seja devidamente assistido ou representado e não exerça funções de administração”²⁸³.

Com efeito, importante observar que, pelo disposto na IN nº 117/2011 - DNRC²⁸⁴, tópico 1.2.10 do Manual anexo à Instrução Normativa, na disciplina atualmente seguida pelas Juntas Comerciais, não se autoriza a constituição de EIRELI por pessoa física que não possua capacidade plena, não havendo sido encontrados, nessa pesquisa, julgados do TJSC, TRF4 ou STJ acerca do tema.

Já em relação à forma do ato, cabe referir que a sua materialização não foi explicitada na lei, como também não foi vedada nenhuma possibilidade de estruturação do instrumento. Desse modo, podem-se encontrar três correntes no que se refere à formação com a qual deve se concretizar o referido ato: a) uma pugnando pela sua realização por meio de declaração unilateral de vontade; b) outra pela sua efetivação somente mediante contrato e; c) uma terceira, que defende sua realização por meio de estatuto.

²⁸¹ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

²⁸² PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 75.

²⁸³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 55.

²⁸⁴ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

Doutrinando a favor do primeiro entendimento, Gonçalves Neto afirma que o ato institucional deve se configurar como uma declaração unilateral de vontade²⁸⁵:

O ato constitutivo da empresa individual de responsabilidade limitada é uma declaração unilateral de vontade e como tal deve ser tratado. Enquadrando-se, portanto, no gênero dos negócios jurídicos unilaterais. [...] Afasta-se, assim, da normativa dos contratos (unilateral, bilateral ou plurilateral), mesmo do modernamente denominado contrato-organização, porquanto não possui o pressuposto do acordo de vontades para seu nascimento.

De outro vértice, Fábio Ulhoa Coelho espousa o entendimento que, por estarmos diante de uma sociedade limitada, a EIRELI deve ser regida pelas disposições relativas a esse tipo societário, de modo que a sua constituição se realizará por meio de contrato social subscrito e levado a registro pelo titular do capital²⁸⁶.

Em suporte à última linha de raciocínio, Campinho assevera que, por se tratar de uma sociedade em que não há pluralidade de sócios, o ato de criação se origina a partir da declaração volitiva de apenas uma pessoa, afastando-se de uma noção contratual para adquirir natureza institucional, e, assim, devendo assumir a forma estatutária²⁸⁷.

Não há contrariedade, a princípio, à afirmação de que o ato que instituir a EIRELI deve ser escrito, podendo ser feito por instrumento público ou particular²⁸⁸.

Ademais, verifica-se que o referido instrumento constitutivo precisa atender a outros requisitos, quais sejam: a) título, aludindo se tratar de Ato Constitutivo, item 12.4 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁸⁹; b) preâmbulo, com a qualificação do titular, conforme tópico 12.6 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁹⁰, constando do instrumento o nome civil, nacionalidade, profissão, dados do documento de identidade, número de inscrição no CPF, endereço residencial, estado civil e a data de nascimento (apenas em caso de titular solteiro); c) ainda no preâmbulo, expressar a adoção do tipo jurídico Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, também nos termos do tópico 12.6 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁹¹; d) corpo, com

²⁸⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 163.

²⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 2 v: direito de empresa. p. 409.

²⁸⁷ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 63-64.

²⁸⁸ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 169.

²⁸⁹ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Ibid.

cláusulas obrigatórias contendo o nome empresarial seguido da abreviatura EIRELI, o objeto preciso e detalhado, endereço da sede e filiais, o prazo de duração, a data de encerramento do exercício social, declinar os poderes e atribuições do administrador, bem como a pessoa natural encarregada da administração, a qualificação do administrador (exceto se for o próprio titular), a declaração do titular de que não integra outra empresa dessa modalidade, o valor do capital (de, no mínimo, cem vezes o maior salário mínimo vigente), a declaração de integralização de todo o capital, tudo conforme tópico 12.7 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁹²; e) fecho, com local e data, nome do titular e assinatura, tópico 12.9 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁹³.

Em relação às cláusulas obrigatórias, a princípio, evidencia-se que, no que tange ao objeto da empresa individual, para satisfazer a exigência de que seja indicado de forma precisa e completa, não é suficiente seja feita referência apenas ao gênero, sendo também imprescindível a determinação da espécie de atividade econômica para a qual se destina²⁹⁴. Ainda, conforme há menção supra, ele deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável, bem como não ir de encontro aos bons costumes, à ordem pública ou à moral, em atenção ao art. 104 e seguintes do CC, assim como ao tópico 1.2.18 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁹⁵.

Dispensa-se laudo para a comprovação dos valores atribuídos aos bens, tópico 1.2.16.3 do Manual anexo à IN nº 117/2011 - DNRC²⁹⁶. Nessa toada, há que se destacar a imposição de que conste do instrumento que funda a EIRELI a declaração de efetiva integralização de todo o capital mínimo, sendo que a insuficiência do bem ou numerário destinado implicará em uma constituição anormal dessa nova pessoa jurídica, hipótese que será melhor apreciada adiante.

Além disso, por ser possibilitada a cada pessoa natural a constituição de única empresa individual, exige-se que o titular também declare não ter parte em nenhuma outra empresa do gênero²⁹⁷.

²⁹² Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 170.

²⁹⁵ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 170.

Satisfeitos os ditames das normas, será aprovado o registro do ato constitutivo na devida Junta Comercial²⁹⁸, ocasião em que se inicia legalmente a existência da nova pessoa jurídica EIRELI²⁹⁹.

4.3.1. Constituição por transformação do registro

A constituição da EIRELI pode ser originária³⁰⁰, sem a existência de ente anterior, conforme analisado supra, ou decorrente da transformação do registro de uma sociedade ou de um empresário individual, conforme disposto no parágrafo único do art. 1.033 e § 3º do art. 980-A do CC, bem como nos termos da Instrução Normativa nº 118/2011 - DNRC³⁰¹, respectivamente.

Essa forma de constituição também é doutrinariamente chamada de constituição indireta³⁰² ou derivada³⁰³, ocorrendo sem que haja dissolução ou liquidação da figura anterior, é realizada por intermédio da Junta Comercial³⁰⁴, sendo que, à semelhança do que ocorre nos casos de criação inicial, a instituição de EIRELI por transformação do registro só se constituirá regularmente respeitando-se as exigências da nova forma adotada³⁰⁵ (art. 980-A do CC), conforme termos do art. 2º da Instrução Normativa nº 118/2011 - DNRC³⁰⁶, inclusive no que tange à integralização do capital mínimo³⁰⁷.

Assim, faculta a lei (parágrafo único do art. 1.033 e o § 3º do art. 980-A do CC) que, remanescendo único sócio, que concentre todas as cotas sob a sua titularidade, não optando pela dissolução, poderá ele requerer a transformação da sociedade em EIRELI³⁰⁸. Nesse diapasão escreve Fábio Ulhoa Coelho³⁰⁹:

²⁹⁸ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

²⁹⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 170-171.

³⁰⁰ Ibid, p. 159.

³⁰¹ Disponível em: < <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20118%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

³⁰² GONÇALVES NETO, op. cit., p. 159.

³⁰³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 56.

³⁰⁴ ABRÃO, op. cit., p. 15.

³⁰⁵ TOMAZETTE, op. cit., p. 56.

³⁰⁶ Disponível em: < <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20118%202011.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2013.

³⁰⁷ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 289.

³⁰⁸ PINHEIRO, Frederico Garcia. Empresa individual de responsabilidade limitada. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 76.

A segunda via de constituição da EIRELI consiste na concentração da totalidade das quotas sociais sob a titularidade de uma única pessoa, física ou jurídica (CC, art. 980-A, § 3º). [...] Aqui, a constituição far-se-á por meio de transformação de registro, a ser requerida à Junta Comercial, nos 180 dias seguintes à unipessoalização da sociedade limitada (CC, art. 1.033, parágrafo único). Transformado o registro da limitada em registro de EIRELI, não se alteram os direitos dos credores.

Essa forma de constituição indireta independe do motivo que ocasionou a unipessoalidade, “seja porque o sócio adquiriu todas as demais quotas, seja porque os demais sócios se retiraram, foram excluídos ou faleceram sem o ingresso dos seus herdeiros”³¹⁰.

Outra possibilidade de constituição indireta é a transformação do registro do empresário individual, pessoa física, em EIRELI, conforme anteriormente citado, desde que cumpridos os requisitos da constituição e do registro da nova forma, de acordo com a Instrução Normativa nº 118/2011 - DNRC³¹¹.

4.3.1. Estrangeiro

O entendimento de que a EIRELI pode ser criada por qualquer pessoa natural, até mesmo por estrangeiros, é tema que não enseja maiores dúvidas nem discussões. Salienta-se apenas que certas atividades possuem impedimentos ou restrições legais, conforme dispõe o Anexo à Instrução Normativa nº 76/1998 - DNRC³¹², de modo que tais exigências e, igualmente, aquelas relativas ao ingresso de capital estrangeiro devem se somar às demais que serão respeitadas por ocasião do registro.

4.4. Nome empresarial

A empresa individual de responsabilidade limitada, na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, identifica-se, nas relações em que figura como parte, por seu

³⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.: direito de empresa. p. 410.

³¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 56.

³¹¹ Disponível em: < <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20118%202011.pdf> > Acesso em: 10 mar. 2013.

³¹² Disponível em: < <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/normativa/anexo176.htm> > Acesso em: 22 mai. 2013.

próprio nome empresarial³¹³ que, conforme versa o § 1º do art. 980-A do CC, poderá ser do tipo firma ou denominação.

Na hipótese de que seja escolhida denominação, deverá ser incorporada ao nome designação do objeto da empresa individual, conforme disposição do § 6º do art. 980-A em combinação com o § 2º do art. 1.158 do CC³¹⁴. Em todos os casos, no entanto, devem ser respeitados os princípios informadores do nome empresarial, sendo eles a veracidade, unicidade e originalidade, conforme doutrina Gonçalves Neto³¹⁵:

Tanto a firma como a denominação devem observar o princípio da veracidade (impondo que o nome retrate a realidade da empresa), da originalidade (determinando que seja distinto de outros já existentes) e da unicidade (impedindo que a empresa possua mais de um nome empresarial para obrigar-se). Em homenagem ao primeiro deles, se o capital social da Eireli mudar de mão e o titular de seu capital tiver optado pelo uso de firma, esta deverá ser alterada; se ela possuir denominação, sua alteração será obrigatória em caso de mudança de objeto, para que passe a incorporar o novo em substituição do anterior que a compunha [...].

Impõe, ainda, o § 1º do art. 980-A do CC que, ao final do nome empresarial, inclua-se a expressão “EIRELI”, sob pena de que a omissão dessa expressão acarrete a responsabilização solidária e ilimitada ao instituidor, conforme aduz Abrão³¹⁶:

A ausência desse pressuposto, o qual tem por objetivo identificar o negócio empresarial, implicará, inequivocamente, na sustentação da responsabilidade solidária e ilimitada do administrador.
Noutro giro, não aplicada a expressão ditada, incidirá o art. 1.158, § 3º, do Código Civil, haja vista que a limitação de responsabilidade fora descartada por causa da não inclusão da expressão exigida.

Percebe-se o intuito de, por meio dessa determinação, não só distinguir a EIRELI das figuras da sociedade empresária e do empresário individual, mas também colocar em evidência, para os que com ela negociam, o regime jurídico de responsabilidade a que se submete³¹⁷.

4.5. Limitações ao uso da EIRELI

³¹³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 59.

³¹⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 367-368.

³¹⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 171-172.

³¹⁶ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 32.

³¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 73.

Surtem, a partir dessa nova disciplina, questões que versam sobre os limites de aplicação da norma. Assim sendo, serão aqui aprofundados pontos que, embora já analisados, merecem maior dedicação, bem como serão discutidos assuntos ainda não aventados neste trabalho.

4.5.1. Capital mínimo e patrimônio

Conforme referido supra, na disciplina do art. 980-A do CC é imprescindível que a integralização do capital de, no mínimo, cem vezes o maior salário-mínimo já esteja realizada no momento da constituição da EIRELI³¹⁸, uma vez que é pressuposto de validade do ato que a institui³¹⁹, não sendo permitida a sua criação com dotação patrimonial inferior para complementação futura do montante³²⁰.

Ressalta-se que esse piso inicial pode ser realizado em dinheiro ou outros bens passíveis de avaliação monetária, sendo, no entanto, vedada contribuição consistente em prestação de serviços, nos termos do § 6º do art. 980-A em combinação com o § 2º do art. 1.055 CC, refletidos na IN nº 117/2011 - DNRC, tópicos 1.2.16.3 e 1.2.16.5 do Manual anexo à Instrução Normativa³²¹. Também não é possível que a integralização seja feita pela cessão de bens e direitos conexos à personalidade do instituidor que ainda não se tenham concretizado em pecúnia³²², conforme orientação do CJF, expresso pelo enunciado nº 473 da V Jornada de Direito Civil: “A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI”³²³.

Embora já referido anteriormente, cumpre repisar que essa exigência também se faz na hipótese de constituição derivada. Nesse caso, em se tratando de transformação de registro de sociedade em que há concentração de quotas, o valor a ser integralizado

³¹⁸ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 288.

³¹⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 159.

³²⁰ Ibid, p. 174.

³²¹ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2013.

³²² GONÇALVES NETO, op. cit., p. 175.

³²³ Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

deve ser verificado de acordo com o seu patrimônio líquido, segundo leciona Gonçalves Neto³²⁴:

Se sua constituição ocorre a partir de uma sociedade unipessoal, é preciso que esta possua patrimônio líquido mínimo de igual valor. O fato de o capital social dessa sociedade já atingir os 100 salários mínimos não é suficiente, uma vez que na sua origem o capital da empresa individual há de corresponder ao patrimônio que a ela é afetado para a realização de seu objeto. [...]

Em relação às figuras do capital e do patrimônio, tem-se que são conceitos distintos, e monetariamente equivalentes tão somente no momento da constituição da pessoa jurídica³²⁵, uma vez que, ao dar “início à atividade, seu patrimônio passa a oscilar para mais ou para menos em razão do andamento de seus negócios e das vicissitudes do mercado, enquanto o capital permanece invariável”³²⁶.

Contudo, há, relativamente à EIRELI, consideráveis dúvidas em saber se o requisito do capital mínimo seria determinado somente na constituição da nova pessoa jurídica ou no caso de elevação do salário-mínimo tal quantia também deveria ser reajustada. Ainda, outra questão não esclarecida diz respeito aos efeitos da redução do patrimônio líquido da empresa, posterior à sua regular criação, a valores não mais correspondentes ao capital mínimo legal. Em verdade, busca-se compreender quais as consequências dessas situações para a estrutura de limitação de responsabilidade da EIRELI.

Nesse aspecto, encontra-se, de um lado, a corrente que entende que a conformação do capital mínimo ao montante estabelecido na lei (cem salários-mínimos) somente se impõe no momento da constituição da EIRELI, não se atrelando o valor desse capital inicial a futuros avanços do salário-mínimo³²⁷.

³²⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 161.

³²⁵ SCHNEIDER, H. Philip; CANDIDO, Laura Benini. **Importância da exigência do capital social mínimo para constituição de EIRELI**. In: ANAN JUNIOR, Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). **Empresa individual de Responsabilidade limitada - EIRELI: aspectos econômicos e legais**. São Paulo: MP Editora, 2012. p. 92.

³²⁶ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 174.

³²⁷ SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. **Da empresa individual de responsabilidade limitada como modalidade de pessoa jurídica**. Boletim do Irib em Revista, São Paulo, n. 344/345, p. 64-67, mar. /maio 2012. p. 67.

O Conselho da Justiça Federal se orienta nesse norte, nos termos do enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito Comercial³²⁸: “Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário-mínimo”. Assim também Gladston Mamede³²⁹, afirmam que tal exigência de vinculação do capital inicial ao salário-mínimo “atentaria contra o artigo 7º, IV, da Constituição da República, que veda seu uso como fator de indexação monetária”.

Márcio Tadeu Guimarães Nunes entende que a integralização do capital mínimo deve ser exigida apenas na ocasião do registro da pessoa jurídica, por ser essa a melhor interpretação conferida à norma, tendo em vista que a intenção do legislador não foi a de condicionar a limitação da responsabilidade à conservação do capital inicial de acordo com o valor do salário-mínimo vigente³³⁰, mas proteger as relações de trabalho³³¹:

É pertinente ressaltar que a vontade do legislador, ao editar a norma que criou a figura da EIRELI, foi a de fixar um piso com o intuito precípua de preservar as relações de trabalho existentes no País hodiernamente, a fim de prevenir-se, adiante, contra possíveis fraudes a partir do novel instituto infraconstitucional do capital mínimo, agora instituído de forma mais abrangente.

E em atenção ao segundo questionamento apontado, Nunes, reconhecendo o caráter variável do patrimônio também na EIRELI³³², vislumbra a desnecessidade de, no andamento da empresa, ser mantida uma correlação direta entre ele e os valores do capital social, escrevendo que “a nova lei foca no capital mínimo inicial e efetivamente integralizado da EIRELI, e não em suas posteriores alterações, sejam elas no capital ou no patrimônio [...]”³³³.

Pinheiro, de antemão, expõe que o Legislador, ao introduzir o capital inicial mínimo na EIRELI, teve como uma de suas razões dificultar a ocorrência de fraudes

³²⁸ Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/Enunciados%20aprovados%20na%20Jornada%20de%20Direito%20Comercial.pdf> > Acesso em: 22 mai. 2013.

³²⁹ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

³³⁰ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Considerações sobre a constitucionalidade do aporte mínimo de capital exigido pelo art. 980-A do Código Civil com a redação da Lei n. 12.441/11**. In: ANAN JUNIOR, Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Empresa individual de Responsabilidade limitada - EIRELI: aspectos econômicos e legais*. São Paulo: MP Editora, 2012. p. 185.

³³¹ Ibid, p. 177

³³² Ibid, p. 193.

³³³ Ibid, p. 176.

trabalhistas através do novo instituto³³⁴. Já em relação à diminuição do patrimônio líquido a numerário inferior ao mínimo de cem salários-mínimos, o autor, baseando-se na distinção entre patrimônio e capital, sustenta que tal situação não gera a extinção ou desconsideração da EIRELI³³⁵:

Ora, se a subcapitalização material superveniente que diminua o patrimônio líquido para patamar inferior a 100 (cem) salários-mínimos não tem como consequência a desconsideração ou extinção da EIRELI [...].

No entanto, em direção oposta, Ives Gandra da Silva Martins opina no sentido de que as elevações no salário mínimo devem refletir-se no capital mínimo da EIRELI, sob o argumento de que “[...] se assim não fosse, passariam a existir, no curso do tempo, empresas com capitais ‘mínimos’ variados, conforme o ano de sua fundação”. E, complementando sua posição, escreve³³⁶:

[...] Parece-nos, pois, que a necessidade de elevação a cada majoração do salário-mínimo é a interpretação mais razoável, na busca de adequar o texto a uma realidade clara das economias modernas, em que a inflação é cada vez mais um elemento a ser considerado, em análises econômicas e jurídicas.

Sobre o assunto, Abrão assevera que a figura do capital mínimo, na EIRELI, assume acepção diferente da que lhe é dada pelo Código Civil nas sociedades empresárias, notadamente pela característica da indispensabilidade³³⁷. Dessa forma, entende, o autor, que ele deve ser comprovadamente conservado no decorrer da atividade, sob pena de “desenquadramento e o fim da responsabilidade limitada”. Assim, conclui o seu entendimento, afirmando que³³⁸:

Tem-se, na realidade, o capital que blinda a atividade empresarial, o qual, em tese, apenas admitiria aumento e inviabilizaria a sua redução, exceto quando ultrapassar o limite ou quiser alterar a natureza da empresa individual.

E, também pugnando pela necessidade de que o capital mínimo se conserve igual ou superior a cem salários-mínimos durante toda a vida da empresa, Paulo Cesar

³³⁴ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 68-69

³³⁵ Ibid, p. 70.

³³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lei n. 12.441 de 11/07/2011**. In: ANAN JUNIOR, Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Empresa individual de Responsabilidade limitada - EIRELI: aspectos econômicos e legais*. São Paulo: MP Editora, 2012. p. 109.

³³⁷ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

³³⁸ Ibid, p. 20.

Aragão e Gisela Sampaio da Cruz asseveram que o desatendimento dessa obrigação acarretaria o fim do regime de limitação de responsabilidade da EIRELI³³⁹:

[...] Parece, entretanto, que a intenção do legislador foi outra: de fato, não faria muito sentido fazer essa exigência apenas no momento da constituição da empresa individual de responsabilidade limitada. A interpretação mais razoável parece ser aquela que impõe a permanência de uma capital social mínimo, como forma de garantia dos credores, sob pena de o titular da EIRELI não poder mais se beneficiar da limitação de responsabilidade.

Pacífica, no entanto, a orientação de que, por se tratar de condição essencial para que a EIRELI seja devidamente fundada³⁴⁰, em não havendo a plena integralização do capital mínimo exigido, por ter se dado com bem de valor real menor que o declarado pelo titular ou por qualquer motivo que enseje resultado equivalente, impõe-se que a responsabilidade pelo risco do negócio recaia sobre o titular da EIRELI. Nesses termos, assevera Gonçalves Neto³⁴¹:

Em qualquer dessas hipóteses, tem-se uma empresa individual de responsabilidade limitada irregularmente constituída e, por isso, inábil à produção dos efeitos de limitação da responsabilidade de seu criador. É certo que cumpre ao Registro Público de Empresas Mercantis verificar o atendimento das formalidades exigidas para o registro da empresa como Eireli (art. 1.153 do CC/2002) e, consequentemente, seu fundador, ao requerer a inscrição, tem de apresentar prova de terem sido preenchidas essas formalidades, dentre elas a de integralização do capital no valor mínimo legal. Se, porém, o registro é obtido sem observância das prescrições legais, não se dá o efeito pretendido, de limitação da responsabilidade do titular do capital.

Sobre o tema, ainda, imprescindível falar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4637, proposta pelo Partido Popular Socialista - PPS, impugnando a parte final do *caput* do artigo 980-A do Código Civil, notadamente a exigência de capital inicial de pelo menos 100 salários mínimos para a constituição da EIRELI, fundamentando sua insurgência, resumidamente, na inconstitucionalidade de vinculação do capital inicial ao salário mínimo, assim como na ofensa ao princípio da liberdade de iniciativa. A ADI 4637 ainda se encontra pendente de julgamento no STF,

³³⁹ ARAGÃO, Paulo Cezar; CRUZ, Gisela Sampaio da. **Empresa individual de responsabilidade limitada: o “moderno prometheus” do direito societário**. In: ANAN JUNIOR, Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Empresa individual de Responsabilidade limitada - EIRELI: aspectos econômicos e legais*. São Paulo: MP Editora, 2012. p. 233.

³⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 57.

³⁴¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 169.

no entanto, já houve manifestações da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal, ambas pela declaração de constitucionalidade do texto legal.

A AGU sustentou, em resumo, que a Lei nº 12.441/2011 empregou o salário-mínimo como mero parâmetro para a definição do capital necessário à constituição de EIRELI, o que não configuraria a hipótese de indexação, estando, portanto, em conformidade como inciso IV do art. 7º da Constituição Federal. Ainda, em relação à violação ao princípio da livre iniciativa, a AGU, afastando a alegação de inconstitucionalidade, aduziu que a norma foi legislada dentro da competência da União e de acordo com as suas prerrogativas de estabelecer limites à iniciativa privada, em sintonia com a razoabilidade no caso, tendo em vista a disciplina jurídica da EIRELI.

Já o MPF argumentou, em suma, que a vedação contida no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal se refere somente à utilização do salário-mínimo para fins de indexação, de modo que a Lei nº 12.441/2011, por se restringir à estipulação de requisitos mínimos para a constituição de EIRELI, não incorreu em violação a essa norma. Ainda, ao tratar da alegação de violação ao princípio da livre iniciativa, o MPF pugnou pela sua improcedência, alegando que, baseando-se na perspectiva de uma Constituição “dirigente”, tal exigência se coloca dentro da esfera de liberdade legislativa, com o fito de assegurar o interesse da coletividade, atendendo, no caso, ao princípio da segurança jurídica.

4.5.2. Possibilidade de titularização de EIRELI por pessoa jurídica

Outra questão bastante controvertida diz respeito à constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Essa polêmica nasce pelo fato de o art. 980-A do CC dispor que essa nova figura será criada por uma única pessoa³⁴², sem, no entanto, detalhar se está se referindo unicamente à pessoa natural ou se estenderá sua disciplina às pessoas jurídicas.

Assim, Sales, a favor da tese de que a empresa individual de responsabilidade limitada também pode ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, argumenta que, por não existir proibição expressa no texto legal relativamente

³⁴² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de setembro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 22 de dez. 2012.

a esse fato, não competiria ao intérprete fazê-la³⁴³. Assim também entendem Coelho³⁴⁴ e Oliveira³⁴⁵.

Pinheiro, defendendo o mesmo propósito, extrai sua fundamentação do cotejo do *caput* do artigo 980-A, em que não há diferenciação entre pessoa natural e jurídica, nem restrição à instituição de EIRELI por qualquer uma delas, com o texto do § 2º do mesmo dispositivo, no qual há referência expressa à pessoa natural, não permitindo que ela constitua mais de uma EIRELI, segundo anota³⁴⁶:

Logo, não quis o Legislador restringir a criação da EIRELI apenas à pessoa natural, mas quanto a essa resolveu limitar a possibilidade de criação para apenas uma pessoa jurídica de tal modalidade.

A contrario sensu, como não há restrição semelhante quanto à pessoa jurídica criadora de EIRELI, conclui-se que determinada pessoa jurídica pode instituir quantas EIRELIs desejar, desde que preenchidos os demais requisitos legais para tanto.

Rizzardo compartilha a mesma justificação, expondo que “*A contrario sensu*, não se impede que uma pessoa jurídica constitua empresa individual de responsabilidade limitada”³⁴⁷.

Marlon Tomazette declara que não há obstáculo normativo à utilização de EIRELI por pessoas jurídicas. Assim, também realizando uma análise comparativa entre o *caput* do art. 980-A e o § 2º do artigo, sustenta que a criação por pessoa natural não é a única alternativa possível. O autor, ainda, como última razão em amparo a essa inteligência, baseia-se no § 6º art. 980-A, expondo “que a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica”³⁴⁸.

De outro vértice, no entanto, ressalta-se a doutrina de Mamede, o qual, distanciando-se de uma interpretação literal do dispositivo, refere que “a interpretação sistemática, bem como a *mens legislatoris* (a intenção do legislador) atestam que a

³⁴³ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011 e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011. p. 614.

³⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 2 v: direito de empresa. p. 409.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Daniele de Lima de. **Sociedade desinteressada - A nova figura da empresa individual perante a Lei**. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, São Paulo, n. 12, p. 32-33, dez. 2011. p. 33.

³⁴⁶ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 71.

³⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 74.

³⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 55-56.

figura foi criada para albergar a titularidade do capital por pessoa natural exclusivamente”³⁴⁹.

Merece comentário, ainda, o enunciado nº 468 do CJF, da V Jornada de Direito Civil, que, nesse mesmo sentido, manifesta a orientação de que: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”³⁵⁰.

Sérgio Campinho também se manifesta pela vedação da constituição de EIRELI por pessoas jurídicas³⁵¹. Nessa direção, ainda, Abrão defende que a interpretação do art. 980-A do CC, reforçada pela IN nº 117/2011, implica a autorização de constituição da EIRELI apenas por pessoa física³⁵², asseverando, em seguida, que³⁵³:

A constituição de empresa individual por pessoa jurídica, no nosso modo de enxergar, poderia representar mecanismo visando fragmentar o modelo e de aparente fraude, isso porque buscou o legislador única forma de exploração de atividade empresarial, não gerando a percepção associativa ou participativa.

Gonçalves Neto³⁵⁴, inicialmente, manifesta-se no sentido de que, embora não haja vedação expressa na lei, deve-se afastar a possibilidade de que uma pessoa jurídica seja titular de EIRELI, tendo em vista que essa normatização se volta para a atividade individualmente exercida. Exorta, o autor, que essa disciplina tem o fim de dar guarida ao patrimônio pessoal da pessoa natural, o que não se justificaria no caso das pessoas jurídicas, que já se originam objetivando o mercado, de modo que seu patrimônio não possui outra finalidade que não o adimplemento das obrigações contraídas no desenvolvimento de seu objeto, segundo escreve³⁵⁵:

Se tanto não bastar, pode-se recorrer aos motivos que levaram o legislador à edição da norma (*mens legislatoris*), os quais conduzem a idêntico resultado, visto que todos os projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional visaram à proteção do empresário individual contra os riscos do seu negócio e a eliminação das sociedades fictícias, o que, de resto, está na própria exposição de motivos da lei que a introduziu no sistema jurídico pátrio.

³⁴⁹ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 22-23.

³⁵⁰ Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf> > Acesso em: 22 mai. 2013.

³⁵¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 286.

³⁵² ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 09.

³⁵³ Ibid, p. 10.

³⁵⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 165-166.

³⁵⁵ Ibid, p. 167.

Desse modo, ainda, antevendo que a posição combatida poderia dar causa ao surgimento de cadeias de EIRELI e à substituição de filiais por EIRELI, com a consequente restrição de responsabilidade, tanto por pessoas jurídicas nacionais como por pessoas jurídicas estrangeiras, aduz o autor:

[...] De fato, a vingar entendimento contrário, resultante de uma interpretação literal apegada apenas ao texto do caput do art. 980-A do CC/2002 e não condizente com os fins do instituto, uma série de consequências nefastas daí poderiam decorrer [...].

Necessário se faz, por derradeiro, observar que, na disciplina hodiernamente adotada pelas Juntas Comerciais, em conformidade com o disposto na IN nº 117/2011 - DNRC³⁵⁶, tópicos 1.2.4 e 1.2.11 do Manual anexo à Instrução Normativa, não se autoriza a constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Destaca-se, ainda, que, acerca da controvérsia abordada, nesta pesquisa, não se logrou êxito na localização de decisões do TJSC, TRF4 ou STJ.

4.5.3. Atividades civis

Discute-se a utilização de EIRELI para a prestação de atividades profissionais não empresariais. Sobre o tema, duas correntes contrapostas despontam. Primeiramente, há que se falar daqueles que não enxergam óbice na sua constituição para a atuação na área das atividades civis, defendendo que, afora o exercício da advocacia, os demais profissionais liberais poderão se valer da EIRELI para limitar a sua responsabilidade³⁵⁷. Nesse aspecto, assevera Siqueira³⁵⁸:

[...] nada impede que uma sociedade de natureza simples possa ser constituída como, ou no decorrer de sua existência se transforme “empresa (leia-se sociedade) individual de responsabilidade limitada”, o que beneficiará, especialmente, os empreendedores (não empresários) que exerçam profissão regulamentada, como os contadores, médicos, dentistas, engenheiros e arquitetos – profissionais que podem atuar individualmente e sair da informalidade, sem colocar em risco seus bens particulares.

³⁵⁶ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

³⁵⁷ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 74.

³⁵⁸ SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. **Da empresa individual de responsabilidade limitada como modalidade de pessoa jurídica**. Boletim do Irib em Revista, São Paulo, n. 344/345, p. 64-67, mar. /maio 2012. p. 66.

De igual modo, Abrão³⁵⁹ exibe orientação pela admissão do registro de EIRELI que se dedique a atividades intelectuais:

[...] a empresa individual não tem o formato de sociedade empresária, daí porque, fundamentalmente, o sistema desenvolvido permite registrar a consideração de atividades intelectuais, certos tipos de negócio, os quais não se incorporam ao exercício empresarial.

Em sentido oposto, porém, Tomazette³⁶⁰ afirma que a nova pessoa jurídica terá, necessariamente, como objeto, atividades econômicas empresariais. Esse também é o entendimento de Gonçalves Neto³⁶¹:

Dito de outro modo, evidencia-se, aqui, a impossibilidade de a empresa individual de responsabilidade limitada ter por objeto atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica, a teor da ressalva contida no art. 966, parágrafo único, do CC/2002, relativa ao empresário, e do disposto no seu art. 982, que toca ao objeto da sociedade empresária. Já a atividade rural presta-se para constituí-la, à luz da opção prevista no art. 971 do CC/2002.

Ocorre que, ao tratar das restrições e dos impedimentos ao uso de EIRELI para determinadas atividades, a IN nº 117/2011 - DNRC³⁶², no tópico 1.2.18.1 do Manual anexo à Instrução Normativa, apenas vedou expressamente sua utilização na atividade de advocacia. Nada obstante, somente por essa concisa previsão da IN nº 117/2011 - DNRC e pelo fato de o art. 980-A do Código Civil não ter se dedicado à matéria não se pode conceber que houve inovação normativa capaz de autorizar que a EIRELI seja disciplinada, em primeiro plano, pelas regras relativas às sociedades simples.

Evidencia-se que, na atual configuração do ordenamento jurídico, em razão do § 6º do art. 980-A do CC, impõe-se que à EIRELI sejam aplicadas as disposições concernentes à sociedade limitada, notadamente, nesse caso, o parágrafo único do art. 966 do CC. Desse modo, por se tratar de pessoa jurídica empresarial, parece não ser aceitável a constituição de EIRELI cujo objeto inclua atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica.

4.6. Administração

³⁵⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30.

³⁶⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 1 v: Teoria Geral e Direito Societário. p. 59.

³⁶¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 160.

³⁶² Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

A administração da EIRELI pode ser realizada pelo seu titular ou por outra pessoa por ele indicada, visto que não há restrição quanto a isso³⁶³, desde que seja pessoa natural, pois não existe “pessoa jurídica administradora (inciso VI do art. 977 c/c caput do art. 1.053 c/c § 6º do art. 980-A, todos do Código Civil)”³⁶⁴.

Necessita-se, no entanto, “que o ato constitutivo (ou alteração posterior) da Eireli indique expressamente a pessoa do administrador ou preveja a faculdade de sua indicação ser feita por declaração do titular em ato separado, devidamente averbado no Registro”³⁶⁵.

Ressalta-se, ainda, que o administrador indicado “deverá ter capacidade para tanto, isto é, deve ter capacidade civil e não ser legalmente impedido de exercer essa função”³⁶⁶. Fica claro que, nada obstante o titular não atue em nome da pessoa jurídica, responsabiliza-se pelos atos do administrador que designou³⁶⁷.

4.7. Desconsideração da personalidade jurídica e veto presidencial

O que torna a EIRELI especial é a separação promovida entre o patrimônio dela e o de seu titular, do que deflui a limitação da responsabilidade deste, já que apenas os bens daquela ficam obrigados pelas dívidas da sua atividade³⁶⁸.

Essa separação patrimonial, contudo, possui limitações dentro do próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido é que a Presidência da República vetou parcialmente a lei nº 12.441/11, notadamente o parágrafo 4º que faria parte do art. 980-A, o qual possuía o seguinte texto³⁶⁹:

§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.

³⁶³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 176.

³⁶⁴ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 75.

³⁶⁵ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 176.

³⁶⁶ PINHEIRO, op. cit., p. 75.

³⁶⁷ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 177.

³⁶⁸ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011. p. 614.

³⁶⁹ PINHEIRO, op. cit. p. 67.

O que motivou o veto foi a possibilidade de divergência interpretativa quanto à aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, bem como a redundância do dispositivo, já que a questão estava disciplinada no § 6º da mesma norma, pela aplicação subsidiária do art. 1052 do CC, que prevê a limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada, conforme se nota do exposto nas razões do veto³⁷⁰:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão 'em qualquer situação', que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.

Nesse diapasão, reconhecendo a aplicação das disposições que implicam na desconconsideração da personalidade jurídica, Gonçalves Neto relata as hipóteses em que antevê a sua utilização³⁷¹:

Por outro lado, se o titular do capital, na condução dos negócios da empresa, desviar-se dos fins a que ela se propõe ou praticar alguma ilegalidade, não terá a limitação de sua responsabilidade pelas obrigações que assim forem contraídas. Também não o terá se não mantiver perfeita separação entre o seu patrimônio e o da empresa por ele criada – hipótese que conduz à desconconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002).

O mesmo ocorre se o titular do capital atua fora dos padrões de conduta que a lei exige do administrador, o que acarreta sua obrigação pessoal pelo cumprimento das obrigações assim contraídas. O não recolhimento das contribuições previdenciárias retidas dos empregados, por exemplo, é conduta ilícita e caracteriza tipo penal específico. Não se deve confundir essa situação com a de não recolher tributos simplesmente: esta, em regra, não gera por si só responsabilidade do administrador ou controlador da empresa, por lhe caber definir as prioridades de pagamento no giro dos negócios, sendo a falta de liquidez inerente aos riscos da atividade que a figura da EIRELI nasceu para evitar.

Assim, sem a menor dúvida, “nos casos excepcionais, conforme previstos no artigo 50 do Código Civil e artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, entre outros, o juiz estará autorizado a afastar a personalidade jurídica da empresa individual para atingir os bens de seu titular”³⁷².

³⁷⁰ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 67.

³⁷¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 169.

³⁷² SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011 e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011. p 614.

4.8. Extinção da EIRELI

O encerramento da personalidade jurídica da EIRELI se dá pela dissolução³⁷³. Não havendo normatização da matéria pela Lei nº 12.441/2011, as questões surgidas deverão ser dirimidas pela aplicação das disposições relativas às sociedades, respeitando, em todos os casos, a compatibilidade com o novo instituto³⁷⁴.

Assim, afastam-se as previsões dos incisos II, III e IV do art. 1.033 do Código Civil (respectivamente: o consenso unânime dos sócios; a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; e a falta de pluralidade de sócios), de modo que as hipóteses de dissolução são as seguintes: a) “pelo advento do termo do seu prazo de duração”³⁷⁵; b) por determinação “a qualquer tempo pelo titular do seu capital, retornando os bens que restarem de sua liquidação ao patrimônio dele”³⁷⁶; c) pelo falecimento de seu titular, com a incorporação dos bens que restarem de sua liquidação ao patrimônio de seus herdeiros³⁷⁷; d) “pela extinção da autorização para funcionar no ramo de negócio que constitui seu objeto; e) pela anulação de sua constituição; f) pela falência”³⁷⁸; g) por esgotamento ou inexecutibilidade do fim social. As quatro primeiras situações elencadas ensejam a dissolução extrajudicial e as demais hipóteses, a dissolução judicial³⁷⁹.

Realizada extrajudicialmente, a dissolução poderá ser feita por escritura pública ou documento particular³⁸⁰, IN nº 117/2011 - DNRC, item 8.2.1 do Manual anexo à Instrução Normativa³⁸¹, envolvendo as etapas de “liquidação, partilha dos bens, e a completa regularização perante o registro público”³⁸². Em relação à liquidação, a sua realização será de responsabilidade do titular da empresa ou procurador, sendo admissível, no entanto, se ele optar, que a liquidação seja dirigida por terceiro estranho

³⁷³ CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

³⁷⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 177-178.

³⁷⁵ Ibid, p. 178.

³⁷⁶ Ibid, p. 163-164.

³⁷⁷ Ibid, p. 163-164.

³⁷⁸ Ibid, p. 178.

³⁷⁹ CARDOSO, op. cit., p. 84.

³⁸⁰ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62.

³⁸¹ Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2013.

³⁸² ABRÃO, op. cit., p. 63.

(art. 1.038 do CC). No que tange à partilha, a orientação é a de que os bens restantes sejam incorporados ao patrimônio do titular da EIRELI³⁸³.

Cumpridas as fases anteriores, faz-se necessária a “elaboração de um balanço de encerramento da empresa, no qual fiquem demonstrados o ativo realizado, o passivo satisfeito e o resultado final apurado”, o qual será averbado na Junta Comercial, obtendo-se “o cancelamento da inscrição da Eireli (arts. 51, §3º e 1.109 do CC/2002)”³⁸⁴.

Em relação às hipóteses de dissolução judicial, inicialmente, impõe-se referência à falência da EIREL; neste sentido, expõe Cardoso³⁸⁵:

De fato, consolidado o elo entre a EIRELI e as normas das sociedades limitadas, não pairam dúvidas da aplicação dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005, ou seja, da Lei de Falências, podendo a empresa individual de responsabilidade limitada figurar ao lado do empresário e das sociedades empresárias como personalidade apta a integrar todas as normas falimentares e de recuperação judicial e extrajudicial, muito embora a lei não tenha feito menção expressa a esse respeito.

Além da hipótese supra, terá lugar a dissolução judicial nas ocasiões em que “houver obstáculo de credores ou de terceiros e não conseguir lançar mão o empresário individual da documentação exigida pelo registro de empresa”. Pode, no interesse do titular da EIRELI, ser nomeado administrador judicial para que conduza a empresa, realizando “todos os atos necessários para futura etapa da liquidação do negócio”³⁸⁶. Finalizada a liquidação, “procede-se à baixa no registro, com a declaração de sua extinção”³⁸⁷.

³⁸³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 178.

³⁸⁴ Ibid, p. 178.

³⁸⁵ CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

³⁸⁶ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

³⁸⁷ CARDOSO, op. cit., p. 84.

5. CONCLUSÃO

No desenvolver histórico da limitação da responsabilidade no direito comercial moderno, o primeiro grande avanço, no Brasil, foi dado no início do século XX, pela importação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. A partir dessa estruturação, permitiu-se que os sócios efetivamente participassem da administração da sociedade sem arriscar seu patrimônio pessoal, respondendo apenas pela integralização do montante subscrito.

Passados quase cem anos, no entanto, apenas agora essa relativização do princípio da responsabilidade patrimonial foi igualmente estendida ao exercente individual de empresa. Esse retardamento foi responsável por um descompasso entre a legislação e o mercado, dando causa às sociedades fictícias, que, por sua condição precária perante a lei, demandavam uma solução por parte do Legislador. Isso se deu com a criação da EIRELI.

Conforme consta da justificação do PL 4605/2009, por meio da disciplina da Lei 12.441/2011, objetivou-se: a) reduzir, ao mínimo possível, a utilização das sociedades fictícias na realidade empresarial brasileira; b) a retirada de empresários da informalidade, incrementando-se as receitas decorrentes da arrecadação de tributos; c) a evolução da economia, com geração de renda e empregos³⁸⁸.

Mesmo que essa iniciativa seja digna de louvor, ressalta-se que são encontradas críticas doutrinárias à normatização positivada. De plano, têm-se as manifestações contrárias à nomenclatura conferida à figura, com sustentação no argumento de que não foi respeitada a terminologia técnica da Teoria da Empresa anteriormente adotada pelo Código Civil.

Além disso, diz-se que a regulação da EIRELI foi por demasiado sucinta, deixando sem bastantes respostas questões referentes a sua natureza jurídica, constituição, possibilidade de titularização por pessoa jurídica, capital mínimo, extinção do instituto, utilização para o exercício de atividades não empresariais. Nesse sentido, buscou-se elucidar tais assuntos.

³⁸⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=631421&filename=PL+4605/2009> Acesso em: 26 dez. de 2012.

Para tanto, tratou-se da controvérsia existente sobre a titularização de EIRELI por pessoa jurídica, examinando-se tanto a corrente que não vê impedimento normativo quanto a isso, como a doutrina que defende que a nova figura foi exclusivamente criada com o objetivo de ser utilizada por pessoa natural. Verificou-se, ainda, que, na atual disciplina da IN nº 117/2011 – DNRC, não se autoriza a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada por pessoa jurídica.

Analisou-se, da mesma forma, o debate relativo à constitucionalidade da exigência de integralização de um determinado capital inicial, bem como da sua vinculação ao salário-mínimo, norma objeto da ADI 4637. No que tange a esse debate, constatou-se que, ainda que tudo aponte para a declaração de constitucionalidade dessa exigência, parece que isso não atende aos melhores interesses da economia nacional, já que limita a aplicação da lei a iniciativas de certa envergadura.

Argumenta-se que tal condição seria colocada em vista da proteção de terceiros. No entanto, conforme se notou, a verdadeira proteção daqueles que se relacionam com a EIRELI está na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando que se atinja o patrimônio pessoal do titular, nos termos dos artigos 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Enfocou-se também a discussão concernente à natureza jurídica da EIRELI. Cabe referir que, desde o seu surgimento, o PL 4605/2009 já trazia equívoco nos conceitos de sociedade unipessoal e de empresa individual de responsabilidade limitada, o que não foi corrigido na sua tramitação. Por conseguinte, a questionável redação da lei, que se valeu de expressões tais como “denominação social” e “capital social”, contribuiu para o crescimento das incertezas sobre o tema.

Dessa forma, ao se analisar os posicionamentos doutrinários relativos ao assunto, verificou-se um embate entre duas correntes. De um lado, aqueles que defendem que a EIRELI possui natureza jurídica de sociedade, com fulcro: a) em uma interpretação sistemática do art. 980-A do CC que atribui ao legislador, na disciplina da matéria, a real intenção de introduzir a figura da sociedade unipessoal; b) na argumentação de que o regramento do inciso VI do art. 44 do CC não é suficiente para alçar a EIRELI à condição de nova categoria de pessoa jurídica; c) na justificação do PL 4605/2009, em que se encontra menção expressa de a EIRELI se tratar de sociedade unipessoal e; d) na utilização, no texto da citada norma, de expressões como capital

social, firma ou denominação social, patrimônio social. Em outro sentido, há os que entendem a EIRELI como nova categoria de pessoa jurídica de direito privado, isso com base: a) na literalidade da Lei nº 12.441/2011, ou seja, no fato de a EIRELI ser expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica no rol do art. 44 do Código Civil (inciso VI) e; b) também no critério topográfico do instituto, em vista de a nova figura haver sido regulamentada em título próprio do Código Civil (Título I-A, do Livro do Direito de Empresa).

Embora ambas as correntes se achem fortemente abalizadas, percebe-se, conforme visto, que as razões tendem a favor da caracterização da EIRELI como nova figura diversa das sociedades. Certo é que os debates se prolongarão, sem, contudo, restringir a função de limitar a responsabilidade daquele que, individualmente, exerce atividade empresária. De tal sorte, entre os meses de janeiro a novembro do ano de 2012, apenas no estado de Santa Catarina, já foram instituídas 1.290 EIRELIs, equivalente a mais de 05,61% do número de empresas constituídas no período.

Assim, nada obstante as questões que ainda se encontram pendentes de solução, acredita-se que a estruturação atual da empresa individual de responsabilidade limitada já reúne condições de ser bem sucedida no que se propõe, atingindo os objetivos intentados pelo Legislador na sua criação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de setembro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 15 dez. 2012.

BRUSCATO, Wilges Arian. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, nº 9, jun./jul. 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v: direito de empresa.

_____. **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 2 v: direito de empresa.

_____. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Philomeno José da. **Jurisprudência**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 53, p. 88-101, jan.1984.

CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ESTRELLA, Hernani. **Direito Comercial: estudos**. Rio de Janeiro: Konfino, 1969.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado das Sociedades Mercantis**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, 1 v.

_____, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960, 2 v: o estatuto do comerciante.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **A empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1996.

LYNCH, Maria Antonieta. **As empresas societárias e a limitação patrimonial**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.11, n.41, p. 133-151, jan./mar.2010.

_____. **Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.10, n.40, p. 215-236, out./dez.2009.

_____. **O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.148, p. 100-139, out./dez.2007.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. 350 p.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v: empresa e atuação empresarial.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1 v: empresa e atuação empresarial.

_____. **Manual de direito empresarial**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARSHALL, Carla C. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 3 v: artigos 206 a 300.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 31. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELO, Cinira Gomes Lima. **A limitação da responsabilidade do empresário individual**. Fmu direito Revista do Curso de Direito do Centro Universitario das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo, v. 20, n. 28, p.113-125, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999, 5 v, 1 t.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

OLIVEIRA, Daniele de Lima de. **Sociedade desinteressada - A nova figura da empresa individual perante a Lei**. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, São Paulo, n. 12, p. 32-33, dez. 2011.

PASCHOAL, Tania Negri. **Sociedades Unipessoais**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 287, p. 147-157, jul. /set. 1984.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Direito de empresa no novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Notas sobre as sociedades fictícias ou de favor**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 134, p. 85-95, abril/jun.2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novos rumos do direito empresarial brasileiro: a lei nº 12.441/2011 e a empresa individual de responsabilidade limitada**. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 31, n. 37, p. 616-613, set. 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SIDOU, José Maria Othon. **Empresa individual de responsabilidade limitada**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 204, p. 39-48, 1963.

SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. **Da empresa individual de responsabilidade limitada como modalidade de pessoa jurídica**. Boletim do Irib em Revista, São Paulo, n. 344/345, p. 64-67, mar./maio 2012.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Estabelecimento Autônomo**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.96, ano XL, n. 486, p. 571-585, dez. 1943.

ⁱ É nesse sentido, ou seja, significando exclusivamente a pessoa natural titular da empresa que a expressão “empresário individual” será empregada no restante do trabalho.

ⁱⁱ Conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “[...] O empresário que não cumpre suas obrigações gerais – o empresário irregular – simplesmente não consegue entabular e desenvolver negócios com empresários regulares, vender para a Administração Pública, contrair empréstimos bancários, requerer a recuperação judicial etc. Sua empresa será informal, clandestina e sonegadora de tributos”. COELHO, *op. cit.*, p. 66.